



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

1818 H STREET, NW | WASHINGTON, DC 20433 | E.U.A.
TÉLÉPHONE (202) 458 1534 | TÉLÉCOPIE (202) 522 2615
WWW.WORLDBANK.ORG/ICSID

CERTIFICAT

SAUR INTERNATIONAL S.A.

C.

REPUBLIQUE ARGENTINE

(Affaire CIRDI No. ARB/04/4)

Je certifie par la présente que le document annexé est une copie conforme à la version originale de la Décision sur la compétence et sur la responsabilité du Tribunal arbitral rendue le 6 juin 2012.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Anneliese Fleckenstein', written over a horizontal line.

Anneliese Fleckenstein
Secrétaire du Tribunal

Washington, D.C., le 6 juin 2012

Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
Washington, D.C.

SAUR International S.A.
(Demanderesse)

c.

République argentine
(Défenderesse)

Affaire CIRDI N° ARB/04/4

DÉCISION SUR LA COMPÉTENCE ET SUR LA RESPONSABILITÉ

Membres du Tribunal

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

Secrétaire du Tribunal

Mme Anneliese Fleckenstein, Conseillère juridique, CIRDI

Représentants de la Demanderesse :

M. Philippe Pinsolle
Professeur Emmanuel Gaillard
M. Fernando Mantilla-Serrano
Mme Yas Banifatemi
Shearman & Sterling LLP
Paris, France

Représentants de la Défenderesse :

Dr. Angelina María Esther Abbona
Procureur du Trésor de la Nation
Bureau du Procureur du Trésor de la Nation
Buenos Aires, Argentine

Date : Le 6 juin 2012

TABLES DES MATIERES

	<u>Page</u>
Tables des matières	i
Définition des termes	1
Liste d'affaires	4
I. Antécédents procéduraux	7
II. Faits	10
1. Introduction	10
1.1. Position de la Demanderesse.....	10
1.2. Position de la Défenderesse	11
2. Privatisation de l'eau dans la Province de Mendoza.....	12
3. Contrat de concession	13
3.1. Caractéristiques	13
3.2. Obligation d'investir	15
3.3. Système tarifaire	17
4. Appel d'offres public	17
5. Investissement de Sauri.....	18
6. Contrat d'assistance technique.....	19
7. Première phase de l'exécution du contrat de concession.....	20
7.1. Cadastre de clients	20
7.2. Immeubles non connectés au réseau	21
7.3. Niveau d'investissement	21
7.4. Retraités et personnes défavorisées.....	22
8. Mesures d'urgence adoptées par l'Argentine début 2002.....	22
9. Conséquences sur l'endettement d'OSM.....	23
10. Renégociation du contrat	25
10.1. Première demande d'augmentation des tarifs présentée par OSM	26
10.2. Tentative d'Accord	27
11. Risque d'effondrement du service	30
12. Premier protocole d'entente	32
13. Second protocole d'entente.....	34
13.1. Contenu	36
13.2. Entrée en vigueur	38

14.	Dégradation continue d'OSM : situation d'« urgence absolue »	39
15.	Non-respect par la province du second protocole d'entente	40
15.1.	Demande d'augmentation des tarifs par modification des coûts	40
15.2.	Impayés	45
16.	Non-respect par OSM du second protocole d'entente	45
16.1.	Risque d'effondrement.....	46
16.2.	Engagement d'investissement.....	46
16.3.	Sources de financement des investissements	47
16.4.	« Plan d'action 2008 »	47
16.5.	Rapports successifs de l'EPAS	48
16.6.	Rapport de l'EPAS du 7 juillet 2009	49
16.7.	Autres non-respects supposés	50
16.8.	Conclusion	51
17.	Volonté de Sauri d'abandonner sa fonction d'opérateur technique.....	52
18.	Intervention administrative auprès d'OSM.....	53
18.1.	Procédure administrative ayant conduit à l'intervention	54
18.2.	Rapport juridique de l'EPAS	54
18.3.	Proposition d'intervention.....	55
18.4.	Proposition concomitante d'augmentation des tarifs	56
18.5.	Décision d'intervention prise par le Gouverneur.....	57
18.6.	Décision d'augmentation des tarifs prise par le Gouverneur.....	58
18.7.	Exécution de l'intervention.....	58
19.	Résiliation du contrat de concession.....	59
19.1.	Audit général.....	60
20.	Liquidation d'OSM.....	62
21.	Gestion de la concession suite à la résiliation du contrat.....	63
22.	Résumé.....	65
22.1.	Première étape : de 1998 jusqu'aux Lois d'urgence	65
22.2.	Seconde étape : des Lois d'urgence au Second Protocole d'entente	65
22.3.	Troisième étape : du second Protocole d'entente à l'intervention et la résiliation du Contrat.....	66
22.4.	Coda	67
III.	Prétentions des parties	69
IV.	Exceptions préalables présentées par la République argentine	71
1.	L'exception d'incompétence du Tribunal et de juridiction du Centre	72

1.1.	Position des Parties	72
1.2.	Décision du Tribunal arbitral	74
2.	L'exception d'irrecevabilité de la demande.....	89
2.1.	Position des Parties	89
2.2.	Décision du Tribunal arbitral	90
V.	La loi.....	92
1.	Droit applicable.....	92
1.1.	Principes généraux	92
1.2.	Importance des règles relatives aux droits de l'homme.....	93
2.	L'expropriation de l'investissement.....	95
2.1.	Position des Parties	95
2.2.	Une question préalable : la valeur juridique du second Protocole d'entente	100
2.3.	Réglementation de l'expropriation dans l'APRI.....	103
2.4.	Insertion des faits dans le concept d'expropriation.....	106
2.5.	Défenses alléguées par la République argentine.....	111
3.	Prétentions de la Défenderesse pour violation des principes de TJE et de PSPE....	126
3.1.	Position des Parties	126
3.2.	Une question préalable : la valeur juridique du second Protocole d'entente	129
3.3.	Réglementation du TJE et de la PSPE dans l'APRI	130
3.4.	Violation du principe de TJE	137
3.5.	Violation du principe de PSPE.....	139
VI.	Décision.....	141

DEFINITION DES TERMES

\$	Peso argentin
Accord	Accord conclu le 15 décembre 2004
Accuracy I	Rapport rédigé par l'expert Eduard Saura « <i>Évaluation du préjudice</i> » du 5 juillet 2010
Accuracy II	Rapport rédigé par l'expert Eduard Saura « <i>Rapport complémentaire</i> » du 2 février 2011.
AdM	Aguas de Mendoza S.A.
ALÉNA	Accord de libre-échange nord-américain
APRI	Accord relatif à la promotion et la protection mutuelle des investissements entre l'Argentine et la France, 3 juillet 1991
Audience	Audience sur le fond tenue à Washington, D.C. du 14 au 18 novembre 2011
Aysam	Agua y Saneamiento de Mendoza (Eau et assainissement de Mendoza)
C.c.	Code civil argentin
Centre	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CIJ	Cour internationale de justice
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
Commission de renégociation	Commission de renégociation des Contrats de services publics
Concession	Contrat de concession conclu entre la Province et OSM le 9 juin 1998, approuvé par le Décret 1418/97 le 22 septembre 1998
Concessionnaire	Obras Sanitarias de Mendoza S.A.
Contrat	Contrat de concession conclu entre la Province et OSM le 9 juin 1998, approuvé par le Décret 1418/97 le 22 septembre 1998
Contrat de concession	Contrat de concession conclu entre la Province et OSM le 9 juin 1998, approuvé par le Décret 1418/97 le 22 septembre 1998
Convention CIRDI	Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États

Convention de Vienne	Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969
Décision sur la compétence	Décision du Tribunal d'arbitrage relative aux exceptions de compétence, 27 février 2006
Défenderesse	République argentine
Demande	Mémoire en demande du 5 juillet 2010
Demande d'arbitrage	Demande d'arbitrage en date du 13 novembre 2003
Demanderesse	SAUR International S.A., société de droit français ayant son siège social à Challenger, 1, avenue Eugène Freyssinet, 78280 Guyancourt, France.
Duplicque	Mémoire en duplicque du 2 mai 2011
ENOHSA	Ente Nacional de Obras Hídricas de Saneamiento (Organisme national de travaux hydrauliques d'assainissement)
Entreprise concessionnaire	Obras Sanitarias de Mendoza S.A.
Loi n° 6.044	Loi provinciale n° 6.044 du 19 août 1993
m	Mille
M	Millions
Objectifs quantitatifs	Ensemble des paramètres et objectifs quantitatifs du Contrat de concession
OSM	Obras Sanitarias de Mendoza S.A.
PEE	Plan d'exploitation et d'expansion, Annexe III au Contrat
Peso	Peso argentin
Premier Protocole d'entente	Protocole d'entente du 5 octobre 2005 (ratifié par le Décret n° 3.016/05 et approuvé par la Loi n° 7.491)
PSPE	Protection et sécurité pleines et entières
Règles d'arbitrage	Règles procédurales applicables aux procédures d'arbitrage du CIRDI
Règles relatives à l'introduction	Règles procédurales applicables à l'introduction de procédures de conciliation et d'arbitrage du CIRDI
Réplique	Mémoire en réplique du 2 mai 2011
Réponse	Mémoire en réponse du 19 octobre 2010

République argentine	République argentine
Saur	<i>Société d'Aménagement Urbain et Rural, S.A.</i>
Sauri	SAUR International S.A., société de droit français ayant son siège social à Challenger, 1, avenue Eugène Freyssinet, 78280 Guyancourt, France.
Second Protocole d'entente	Protocole d'entente du 17 mai 2007 (ratifié par le Décret n° 3.246/07)
TJE	Traitement juste et équitable
UNC	Université nationale de Cuyo
USA	États-Unis d'Amérique
USD	Dollar américain
UTN	Université technologique nationale

LISTE D'AFFAIRES

Azinian	<i>Robert Azinian et autres c. États-Unis mexicains</i> , Affaire CIRDI N° ARB/97/2, Sentence arbitrale du 1er novembre 1999 (Doc. AL RA 88).
Azurix	<i>Azurix c. République argentine</i> , Affaire CIRDI n° ARB/01/12, Sentence arbitrale du 14 juillet 2006 (Doc. ALS 42).
Capital Bank	<i>Capital Bank ad c. Bulgarie</i> , Arrêt CEDH du 24 novembre 2005.
Chorzów	<i>Usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne)</i> , Arrêt sur la compétence du 26 juillet 1927, 1927 CPJI, (Sér. A), n° 9 (26 juillet) (Doc. AL RA 26).
CME	<i>Central European Media Enterprises (CME) c. République tchèque</i> , Arbitrage de la CNUDCI, Sentence arbitrale partielle du 13 septembre 2001 (Doc. ALS 30).
CMS	<i>CMS Gas Transmission Company c. République argentine</i> , Affaire CIRDI n° ARB/01/8, Sentence arbitrale du 12 mai 2005 (Doc. AL RA 23).
CSOB	<i>Ceskoslovenska Obchodni Banka AS c. Slovaquie</i> , Affaire CIRDI n° ARB/97/4, Sentence arbitrale du 29 décembre 2004, paragr. 170 (Doc. ALS 90).
EDF	<i>EDF (Services) Limited c. Roumanie</i> , Affaire CIRDI n° ARB/05/13, Sentence arbitrale du 8 octobre 2009 (Doc. AL RA 95).
Enron	<i>Enron Corp. et Ponderosa Assets L.P. c. République argentine</i> , Affaire CIRDI n° ARB/01/3, Sentence arbitrale du 22 mai 2007 (Doc. AL RA 21).
Fisheries	<i>Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)</i> , Arrêt sur la compétence de la CIJ du 4 décembre 1998, Rapports CIJ (1998).
Fraport	<i>Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. République des Philippines</i> , Affaire CIRDI n° ARB/03/25, Sentence arbitrale du 16 août 2007 (Doc. AL RA 28).
Gabčíkovo	<i>Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)</i> , Arrêt CIJ du 25 septembre 1997 (Doc. AL RA 182).
Genin	<i>Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. et A.S. Baltoil c. Estonie</i> , Affaire CIRDI n° ARB/99/2, Sentence arbitrale du 25 juin 2001 (Doc. AL RA 69).
Glamis	<i>Glamis Gold, Ltd. c. États-Unis d'Amérique</i> , Affaire CNUDCI/ALÉAN, Sentence arbitrale du 8 juin 2009 (Doc. AL RA 77).
Impregilo	<i>Impregilo S.p.A. c. République argentine</i> , Affaire CIRDI n° ARB/07/17, Sentence arbitrale du 21 juin 2011.
Inceysa	<i>Inceysa Vallisoletana SI c. République du Salvador</i> , Affaire CIRDI n° ARB/03/26, Sentence arbitrale du 2 août 2006 (Doc. AL RA 33).

- Lauder** *Ronald S. Lauder c. République tchèque*, Arbitrage de la CNUDCI, Sentence arbitrale finale du 3 septembre 2001 (Doc. AL RA 150).
- Lemire** *Joseph C. Lemire c. Ukraine*, Affaire CIRDI n° ARB/98/1, Décision sur la compétence et le principe de responsabilité du 14 janvier 2010 (Doc. ALS 94).
- LG&E Energy** *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International INC. c. République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/02/1, Décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006 (AL RA 163).
- Loewen** *Loewen Group. Inc et Raymond L. Lowen c. États-Unis d'Amérique*, Affaire CIRDI n° ARB/98/3, 26 juin 2003 (Doc. AL RA 45).
- Metalclad** *Metalclad Corporation c. États-Unis mexicains*, Affaire CIRDI n° ARB/97/01, Sentence arbitrale du 30 août 2000 (Doc. AL RA 92).
- Middle East** *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A c. République arabe d'Égypte*, Affaire CIRDI n° ARB/99/6, Sentence arbitrale du 12 avril 2002 (Doc. ALS 85).
- Mondev** *Mondev International Ltd c. États-Unis d'Amérique*, Affaire CIRDI n° ARB/99/2, Sentence arbitrale du 11 octobre 2002 (Doc. ASL 31).
- Neer** *L.F.H. and P.E. Neer (U.S.A) c. États-Unis mexicains*; Décision du 7 octobre 1926 ; *U.N. Report of International Arbitral Awards, IV*, p. 60.
- Parkerings** *Parkerings-Compagniet AS c. République de Lituanie*, Affaire CIRDI n° ARB/05/8, Sentence arbitrale du 11 septembre 2007 (Doc. AL RA 84).
- Phoenix Action** *Phoenix Action c. République tchèque*, Affaire CIRDI n° ARB/06/5, Sentence arbitrale du 15 avril 2009 (Doc. AL RA 29).
- Plama Consortium** *Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, Affaire CIRDI n° ARB/03/24, Sentence arbitrale du 8 février 2005 (Doc. AL RA 35).
- Roberts** *Harry Roberts c. États-Unis mexicains*; Décision du 2 novembre 1926, *U.N. Report of International Arbitral Awards, IV*, p. 71.
- Rumeli** *Rumeli c. Kazakhstan*, Affaire CIRDI n° ARB/05/16, Sentence arbitrale du 29 juillet 2008 (Doc. ALS 52).
- Saba Fakes** *M. Saba Fakes c. République de Turquie*, Affaire CIRDI n° ARB/07/20, Sentence arbitrale du 14 juillet 2010 (Doc. ALS 95).
- Saluka** *Saluka c. République tchèque*, CNUDCI, Décision partielle du 17 mars 2006 (Doc. ALS 41).
- Siemens** *Siemens A.G. c. République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/02/8, Sentence arbitrale du 6 février 2007 (Doc. ASL 46).
- Starret** *Starret Housing Corporation c. République islamique d'Iran*, Iran-US C.T.R. n° 314-24-1,

Housing	Sentence arbitrale du 14 août 1987.
Suez	<i>Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A et Interagua Servicios Integrales del Agua S.A c. République argentine</i> , Affaire CIRDI n° ARB/03/17. Décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010 (Doc. AL RA 214).
Suez Vivendi / AWG	<i>Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Vivendi Universal, S.A. c. République argentine</i> , Affaire CIRDI n° ARB/03/19 et <i>AWG Group c. République argentine</i> (CNUDCI), Décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010 (Doc. ALS 98).
Tecmed	<i>Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. États-Unis mexicains</i> , Affaire CIRDI n° ARB/00/2, Sentence arbitrale du 29 mai 2003 (Doc. AL RA 149).
Tokios Tokelès	<i>Tokios Tokelès c. Ukraine</i> , Affaire CIRDI n° ARB/02/18, Décision sur la compétence du 29 avril 2005 (Doc. AL RA 34).
Total	<i>Total S.A. c. République argentine</i> , Affaire CIRDI n° ARB/04/01, Décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010 (Doc. AL RA 222).
Vivendi II	<i>Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal c. République argentine</i> , Affaire CIRDI n° ARB/97/3, Sentence arbitrale du 20 août 2007 (Doc. AL RA 158).
Waste Management	<i>Waste Management Inc. c. États-Unis mexicains</i> , Affaire CIRDI n° ARB/00/3, Sentence arbitrale du 30 avril 2004 (Doc. AL RA 43).

I. ANTECEDENTS PROCEDURAUX

1. Le 17 novembre 2003, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (le « Centre » ou le « CIRDI ») a reçu une Demande d'arbitrage (la « Demande d'arbitrage ») soumise par SAUR International S.A., société de droit français ayant son siège social sis à *Challenger, 1, avenue Eugène Freyssinet, 78280 Guyancourt, France* (« Sauri » ou la « Demanderesse »), à l'encontre de la République argentine (la « République » ou la « Défenderesse »).
2. Le 19 novembre 2003, le Centre a accusé réception de la Demande d'arbitrage et, conformément à l'Article 5 des Règles relatives à l'introduction du CIRDI, a transmis le jour même une copie à la Défenderesse et à l'Ambassade de la République argentine à Washington, D.C.
3. Le 27 janvier 2004, 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 (la « Convention du CIRDI »), le Secrétaire général du CIRDI a procédé à l'enregistrement de la Demande d'arbitrage et à sa notification aux parties. Conformément à l'Article 7 des Règles procédurales applicables à l'introduction de procédures de conciliation et d'arbitrage du CIRDI (« Règles relatives à l'introduction »), le Secrétaire général a invité les parties à constituer un Tribunal d'arbitrage.
4. Le 10 mai 2004, la Demanderesse a nommé comme arbitre le Professeur Bernard Hanotiau, de nationalité belge. Le 20 mai 2004, la Défenderesse a, de son côté, nommé comme arbitre le Professeur Christian Tomuschat, de nationalité allemande.
5. Après consultation des parties et conformément à l'article 38 de la Convention du CIRDI et à l'Article 4 des Règles procédurales applicables aux procédures d'arbitrage du CIRDI (« les Règles d'arbitrage »), le Président du Conseil administratif du CIRDI a nommé le Professeur Juan Fernández-Armesto, de nationalité espagnole, comme troisième arbitre et Président du Tribunal.
6. Le 3 septembre 2004, en vertu des dispositions de l'Article 6(1) des Règles d'arbitrage, le Secrétaire général du Centre a informé les parties que les trois arbitres avaient accepté leur nomination, et que le Tribunal se trouvait ainsi constitué et la procédure engagée à compter de cette même date. De même, elles ont été informées du fait que Mme Claudia Frutos-Peterson, conseillère juridique du CIRDI, se chargerait des fonctions de Secrétaire du Tribunal conformément à l'Article 25 du Règlement administratif et financier du CIRDI. Le 19 juin 2009, Mme Frutos-Peterson a été remplacée par M. Gonzalo Flores, conseiller juridique senior du CIRDI, en qualité de Secrétaire du Tribunal. Le 25 février 2010, M. Flores a été remplacé par Mme Anneliese Fleckenstein, conseillère juridique du CIRDI, qui occupe jusqu'à présent la fonction de Secrétaire du Tribunal.
7. Le 13 novembre 2004, conformément à l'Article 13 des Règles d'arbitrage du CIRDI, le Tribunal a tenu sa première session à Washington, D.C. M. Philippe Pinsolle, du cabinet d'avocats Shearman & Sterling, était présent en tant que représentant de la Demanderesse,

tout comme Dr. Cintia Yaryura, Dr. Gisela Makowski et le Dr. Gabriel Bottini, du Bureau du Procureur du Trésor de la Nation argentine, en tant que représentants de la Défenderesse.

8. Lors de la première session du Tribunal, les parties ont confirmé que le Tribunal avait été constitué conformément à la Convention et aux Règles d'arbitrage et qu'aucune objection n'avait été soulevée quant aux membres du Tribunal. De même, il a été convenu que la procédure respecterait les Règles d'arbitrage en vigueur depuis janvier 2003. Les parties se sont également mises d'accord sur certaines questions d'ordre procédural qui ont été consignées dans un procès-verbal signé par le Président et la Secrétaire du Tribunal.
9. Le 13 décembre 2004, conformément à ce qui avait été convenu lors de la première session, la Demanderesse a produit des preuves supplémentaires venant compléter sa Demande d'arbitrage.
10. Le 2 mars 2005, la Défenderesse a présenté un mémoire relatif aux objections à la juridiction du Centre et à la compétence du Tribunal.
11. Le 8 mars 2005, le Tribunal a décidé de suspendre la procédure sur le fond de l'affaire conformément aux dispositions de l'Article 41(3) des Règles d'arbitrage et a invité la Demanderesse à présenter son mémoire en réponse dans un délai de 90 jours à compter de la réception des objections présentées par la Défenderesse.
12. Le 6 juin 2005, la Demanderesse a présenté son mémoire en réponse relatif à la juridiction et à la compétence.
13. Après consultation des parties, le Tribunal a déterminé qu'il n'était pas nécessaire de présenter les écrits en réplique et duplique, et a décidé que l'audience relative à la juridiction serait tenue les 10 et 11 novembre 2005 dans le siège du Centre à Washington, D.C.
14. Ont assisté à l'audience relative à la juridiction M. Emmanuel Gaillard, M. Philippe Pinsolle et M. Fernando Mantilla-Serrano, du cabinet d'avocats Shearman & Sterling, en tant que représentants de la Demanderesse. La Défenderesse était elle représentée par M. Ignacio Torterola, M. Ariel Martins, M. Martín Moncayo von Hase et M. Florencio Travieso du Bureau du Procureur du Trésor de la Nation argentine.
15. Le 28 février 2006, le Tribunal a rendu la Décision du Tribunal d'arbitrage sur les exceptions à la juridiction (« Décision sur la juridiction »), rejetant les exceptions à la juridiction présentées par la Défenderesse.
16. Le 10 mars 2006, le Tribunal a adopté une résolution procédurale autorisant la reprise de la procédure sur le fond de l'affaire, conformément aux dispositions prévues par les Articles 19 et 41(4) des Règles d'arbitrage du CIRDI, et définissant des délais pour les présentations sur le fond.
17. Du 7 avril 2006 au 4 mai 2010, conformément à la volonté des parties, la procédure a été suspendue.

18. Suite à la reprise de la procédure, le Tribunal arbitral a invité les parties, via un communiqué en date du 2 février 2010, à convenir de la procédure à suivre pour les prochaines étapes du présent arbitrage. En réponse à l'invitation du Tribunal, les parties ont accepté de modifier le point relatif aux Questions procédurales consigné dans le procès-verbal de la première session du Tribunal qui s'est tenue à Washington, D.C. le 13 novembre 2004. Les accords convenus par les parties ont été transmis au Tribunal par lettre en date du 17 février 2010¹. Il a entre autres été convenu du calendrier modifié de la procédure.
19. Le 5 juillet 2010², conformément au calendrier de la procédure convenu entre les parties, la Demanderesse a présenté son mémoire sur le fond (la « Demande »).
20. Le 19 octobre 2010, la Défenderesse a présenté son mémoire en réponse sur le fond (la « Réponse »).
21. Le 2 février 2011, la Demanderesse a présenté sa réplique (la « Réplique ») et le 12 mai 2011, la Défenderesse a présenté son duplique (le « Duplique »).
22. Le Tribunal a tenu l'audience sur le fond à Washington, D.C. du 14 au 18 novembre 2011 (l'« Audience »). Y étaient présents en tant que représentants de la Demanderesse M. Philippe Pinsolle, M. Fernando Mantilla-Serrano, Mme Coralie Darrigade, Mme Ximena Herrera et M. Thomas Parigot du cabinet d'avocats Shearman & Sterling ; M. Michel Fourré et José Manuel Calderero ainsi que Mme Michele Granjon-Legendre et Mme Sophie Baynac-Maury de SAUR International. Ont assisté à l'Audience en tant que représentants de la Défenderesse le Dr Angelina María Esther Abbona, Procureur du Trésor de la Nation ; le Dr Gabriel Bottini, Directeur national des affaires et controverses internationales ; M. Carlos Mihanovich, M. Ignacio Torterola, M. Horacio Seillant, M. Javier Pargament, M. Diego Gosis, M. Nicolás Grosse, M. Nicolás Duhalde, M. Julian Negro ; Mme Romina Mercado, Mme Veronica Lavista, Mme Mariana Lozza et Mme Magdalena Gasparini, tous membres du Bureau du Procureur du Trésor de la Nation argentine ; et M. Abel Albarracín, M. Giancarlo Spinetta, M. Aldo Rodríguez Salas et M. Javier Montoro de la Province de Mendoza.
23. Au cours de l'Audience, les Parties et le Tribunal ont décidé qu'il ne serait pas nécessaire de présenter des mémoires après-audience³. Conformément aux accords convenus lors de l'Audience, après sa conclusion, les Parties apporteront les présentations en power point auxquelles ils ont eu recours.
24. Le 6 janvier 2012, les Parties ont présenté leurs écrits détaillant les dépenses liées au présent arbitrage.

¹ Voir l'Annexe A au communiqué de la Demanderesse en date du 17 février 2010.

² Voir la section 13 « Procédures écrites : nombre, séquences et délais » de l'Annexe A au communiqué de la Demanderesse du 17 février 2010, portant modification du procès-verbal de la première session.

³ Transcriptions, Audience jour 5, p. 1401-1403.

II. FAITS

1. INTRODUCTION

25. La Demanderesse de cet arbitrage est Sauri, société anonyme française, filiale à 100 % de la Société d'Aménagement Urbain et Rural, S.A. (« Saur »), société mère d'un groupe d'entreprises spécialisées dans les activités de production, de traitement et d'assainissement de l'eau. Sauri a été créée en 1994 afin de rassembler l'ensemble des activités internationales de Saur⁴.
26. La Demanderesse a constitué une société argentine, contrôlée à 100 %, répondant au nom de Aguas de Mendoza S.A (« AdM »), qui a acquis à son tour 32,08 % d'une autre société argentine dénommée Obras Sanitarias de Mendoza S.A. (« OSM », l'« Entreprise concessionnaire » ou le « Concessionnaire »), société publique, contrôlée par la Province de Mendoza, titulaire de la concession administrative pour le service public de production et distribution d'eau potable, et de l'assainissement des égouts au sein de ladite Province.
27. L'acquisition des actions d'OSM a été effectuée dans le cadre d'un processus d'appel d'offres international pour l'acquisition d'OSM, à l'issue duquel un consortium composé de *Società Italiana Per Il Gas Per Azioni, Enron Capital & Trade Resources Argentina S.A.*, Inversoras de Mendoza S.A. et Sauri a été désigné adjudicataire.
28. La Défenderesse est la République argentine.

1.1. Position de la Demanderesse

29. Fondamentalement, la Demanderesse allègue qu'elle a investi 72,4 millions (« M ») de dollars américains (« USD ») en 1998 afin de faire partie de l'actionnariat d'OSM, titulaire d'une concession administrative dans la Province de Mendoza, devenant par là même l'opérateur technique de la concession, apportant son expérience et son savoir-faire. Dès le début, les Autorités argentines n'ont pas respecté les obligations prévues par la loi et par le Contrat de concession conclu entre la Province et OSM le 9 juin 1998 (le « Contrat de concession », le « Contrat » ou la « Concession »), et à partir de la crise de 2002 ont refusé toute augmentation des tarifs, augmentation qu'OSM était en droit d'exiger. Le 3 août 2009, après avoir mis à mal les finances d'OSM pendant 11 ans, les Autorités provinciales sont intervenues auprès de l'Entreprise concessionnaire et ont résilié le Contrat de concession en septembre 2010. Selon Sauri, le comportement des Autorités argentines constitue un fait internationalement illicite sanctionné par l'Accord relatif à la promotion et la protection mutuelle des investissements entre l'Argentine et la France signé le 3 juillet 1991 (l'« APRI ») et, plus concrètement, une

⁴ Demande, paragr. 8-9.

expropriation⁵ et une violation des principes de traitement juste et équitable (« TJE »)⁶ et de protection et sécurité pleines et entières (« PSPE »)⁷, garantis par ledit Accord.

30. Sauri demande au Tribunal de reconnaître la Défenderesse coupable de l'expropriation de son investissement, par la violation des principes de TJE et PSPE, et de la condamner à lui verser la somme de 143,9 M USD à titre d'indemnisation⁸.

1.2. Position de la Défenderesse

31. La République argentine, quant à elle, demande au Tribunal de se déclarer incompétent et de déclarer l'absence de juridiction du CIRDI à l'égard de la Demande. Cette requête est fondée sur l'affirmation selon laquelle OSM n'a pas respecté la législation en vigueur en République argentine en faisant preuve de comportements frauduleux qui font actuellement l'objet d'une enquête pénale devant les tribunaux de la Province de Mendoza⁹. De plus, selon la Défenderesse, l'ensemble des réclamations de la Demanderesse dans le cadre du présent arbitrage ne sont pas recevables, dans la mesure où une réponse y a été apportée dans le Protocole d'entente du 17 mai 2007 (ratifié par le Décret n° 3.246/07) (le « second Protocole d'entente »)¹⁰, à l'exception des manquements présumés de cette dernière, ainsi que de l'intervention et de la résiliation de la Concession, deux questions contractuelles et échappant donc à la juridiction de ce Tribunal¹¹.
32. Quant au fond du litige, la Défenderesse demande au Tribunal de rejeter toutes les réclamations, OSM n'ayant pas respecté ses obligations fondamentales depuis le début de l'investissement. En dépit de cela, la Province a fait des efforts considérables afin de conserver la Concession tout au long de la crise la plus importante qu'ait connue l'Argentine. Ces efforts ont conduit à la signature de deux Protocoles d'entente entre la Province et le Concessionnaire, le premier en 2005 et le second en 2007, qui ont permis de compenser les dettes réciproques et de réadapter le Contrat au nouveau cadre de l'économie argentine. Par la suite, la Province s'est trouvée dans l'obligation d'intervenir auprès du Concessionnaire en raison des risques d'effondrement du service public. Un an plus tard, après réalisation d'un audit mené de façon indépendante, la Province fut contrainte de résilier le Contrat de concession et de prendre en charge le service, afin d'éviter une grave atteinte à l'intérêt public, à la santé de la population et au droit de l'homme à l'eau.
33. La Défenderesse conclut en soutenant qu'elle ne peut être tenue pour responsable des risques commerciaux incombant à Sauri et de la mauvaise gestion d'OSM. Les mesures adoptées par la Défenderesse et la Province n'étaient contraires ni à l'APRI ni au droit international.

⁵ Art. 5.2 APRI.

⁶ Art. 3 APRI.

⁷ Art. 5.1 APRI.

⁸ Mémoire du 12 mai 2011 (« Duplique ») paragr. 386.

⁹ Mémoire en réponse du 19 octobre 2010 (« Réponse »), paragr. 49.

¹⁰ Doc. ARA 6.

¹¹ Réponse, paragr. 44.

2. PRIVATISATION DE L'EAU DANS LA PROVINCE DE MENDOZA

34. Au début des années 90, l'Argentine a entamé un processus de privatisation des services publics de l'eau et de l'énergie, ainsi que de captation d'investissements étrangers. Les Lois fédérales n° 23.696 du 17 août 1989, qui a réformé l'État et ouvert la voie aux privatisations, et n° 23.928 du 27 mars 1991, qui a fixé la parité entre le Dollar et le Peso argentin (le « Peso » ou « \$ »), ainsi que la signature de plus de 40 APRI constituent autant d'éléments ayant marqué ce processus¹².
35. Dans le contexte de ce mouvement libéral de privatisation, la Province de Mendoza a décidé de moderniser sa législation en matière d'eau et d'évacuation des égouts. À cette fin, elle a promulgué la Loi provinciale n° 6.044 du 19 août 1993 (« Loi n° 6.044 »), dont l'objectif était de séparer les fonctions de réglementation et de contrôle¹³, confiées à une nouvelle autorité administrative, l'Ente Provincial del Agua y de Saneamiento (« EPAS »¹⁴, Organisme provincial de l'eau et de l'assainissement), de celles liées à l'exploitation du service, octroyées à une société concessionnaire¹⁵. La Loi n° 6.044 a été précisée par le Décret 911/95 du 28 juin¹⁶ (la loi et le décret constituent les lois-cadres réglementant le service public de l'eau et de l'évacuation des égouts dans la Province de Mendoza¹⁷).
36. Le chapitre II de la Loi n° 6.044 est consacré aux tarifs imposés aux consommateurs pour la fourniture des services, en confiant à l'EPAS l'élaboration des modèles tarifaires, sur la base du principe selon lequel

« Les tarifs doivent refléter les coûts d'opération, d'entretien et d'amortissement des services, ainsi qu'une rétribution raisonnable pour l'opérateur, dans le contexte d'une administration efficace »¹⁸. (Traduction du Tribunal)

Pour une bonne application de ce principe juridique, l'EPAS devrait proposer, et le ministère de l'Environnement de la Province approuver, les tarifs correspondants¹⁹, qui auraient une durée de validité de cinq ans²⁰.

¹² Demande, paragr. 16-20.

¹³ Art. 2 Loi n° 6.044.

¹⁴ Art. 3 Loi n° 6.044.

¹⁵ Art. 36 Loi n° 6.044.

¹⁶ Doc. Doc. ARA 79 ; qui a remplacé D. 2.223/94.

¹⁷ Réponse, paragr. 188.

¹⁸ Art. 23.2. Loi n° 6.044 ; la norme juridique est précisée dans le Chap. VII du Décret provincial 911/1995 du 28 juin.

¹⁹ Art. 24 Loi n° 6.066.

²⁰ Art. 25 Loi n° 6.066.

3. CONTRAT DE CONCESSION

37. Après promulgation du cadre juridique, la Province a confié à OSM (entreprise publique qui était chargée de cette mission) le service public de l'eau par le biais d'un contrat de concession, disponible en deux versions²¹. La première version a été approuvée le 15 janvier 1996, alors que la seconde, la version pertinente, a été délivrée le 9 juin 1998, ses effets entrant en vigueur le 12 juin de cette même année, date à laquelle le consortium intégré par Sauri est devenu propriétaire d'OSM²².

3.1. Caractéristiques

38. Les principales caractéristiques du Contrat de concession étaient les suivantes :

- Objet : l'objet de la concession consistait en la captation, le traitement et la distribution de l'eau potable et brute, ainsi qu'en le traitement et la disposition des écoulements des égouts dans la Province de Mendoza²³.
- Pour une durée de 95 ans²⁴, à compter du 1er janvier 1996²⁵.
- Redevance : comme contre-prestation, OSM devrait payer une redevance à la Province, calculée sur la base de ses revenus opérationnels, soit 3,85 % lors du premier quinquennat, commençant le 1er janvier 1996, et 10 % par la suite²⁶.
- PEE : la Concession est fondée sur un Plan d'exploitation et d'expansion (« PEE »), constituant une annexe au Contrat et composé de trois parties : la première est une simple description des principes généraux auxquels devrait se tenir le Concessionnaire, la seconde est un ensemble de paramètres et d'objectifs quantitatifs (« Objectifs quantitatifs ») que le Concessionnaire devrait atteindre, et la troisième est un plan d'investissements « au travers duquel doivent être respectés les délais et la forme convenus des Objectifs quantitatifs » ; ce plan d'investissements, bien que quantifié à l'Annexe III du Contrat à hauteur de 337 M \$, ne l'était qu'à titre de « référence » :

« sa quantification, sa programmation ainsi que son évaluation lors de la période de concession sont indiquées à titre de référence »²⁷. (Traduction du Tribunal)

²¹ Réponse, paragr. 211.

²² Doc. S 7 ; le Contrat de concession a été ratifié par le Décret 1418/97 du 22 septembre 1998 (sic).

²³ Art. 1.4.

²⁴ Art. 1.6, divisée en une première période de 25 ans, et sept périodes de 10 ans chacune (cf. art. 2.2).

²⁵ Art. 14.1.1. ; le Contrat a donc des effets rétroactifs.

²⁶ Art. 1.7.

²⁷ Art. 1.2, Définition de PEE.

- Obligation d'investir : le Concessionnaire a assumé l'obligation selon laquelle, « comme condition pour le maintien de la Concession, le Concessionnaire est tenu de réaliser tous les investissements nécessaires afin d'atteindre les buts et objectifs du PEE »²⁸ (traduction du Tribunal); ce même principe figure également à l'article 2.6.1. qui prévoit que

« Le respect du PEE comprend notamment le respect de l'ensemble des paramètres d'efficacité et des Objectifs quantitatifs identifiés par ses indicateurs respectifs pour l'Exploitation et le Développement du Service définis dans sa partie II, ainsi que la réalisation des objectifs physiques et des travaux d'infrastructure nécessaires pour atteindre l'objectif susmentionné, en prenant comme référence ce qui a été convenu dans sa partie III ». (Traduction du Tribunal)
- Opérateur technique : le Contrat prévoyait également l'existence de l'Opérateur technique, qui serait une société disposant des connaissances, de l'expérience et de la technologie nécessaires à la gestion de ce type de services²⁹, titulaire des actions de classe C) d'OSM ; ce fut le rôle pris en charge par Sauri, à travers sa filiale argentine AdM. L'Opérateur technique était tenu de fournir au Concessionnaire toute l'information et toutes les connaissances théoriques et pratiques dont il était en mesure de disposer de par son expérience.
- Personnel expert : l'Opérateur technique avait l'obligation, entre autres, d'« affecter à la société (OSM) le Personnel expert... nécessaire pour mener à bien les missions de gestion et/ou missions opérationnelles » ; le Personnel expert serait proposé par l'Opérateur technique, qui devrait informer périodiquement l'EPAS « du groupe de Personnel expert qu'il fournit afin d'exécuter les missions d'exploitation ». (Traduction du Tribunal)
- Régime tarifaire : le Contrat fait expressément référence à l'applicabilité de la Loi n° 6.044³⁰. La tarification aura une durée de validité de cinq ans, à compter du 1er janvier 1996.
- Modification de la tarification : le Contrat comportait un système détaillé visant à modifier la tarification initialement prévue. La Province disposait de cette prérogative, après avis préalable de l'EPAS, et devait se conformer aux dispositions de l'article 23 de la Loi n° 6.044 :

« Les tarifs doivent refléter les coûts d'opération, d'entretien et d'amortissement des services, ainsi qu'une rétribution raisonnable pour l'opérateur, dans le contexte d'une administration efficace »³¹. (Traduction du Tribunal)
- Causes de modifications : le Contrat réglementait notamment la possibilité que la tarification puisse faire l'objet d'une révision par modification du PEE³², par modification

²⁸ Art. 1.7.

²⁹ Art. 2.6.2.

³⁰ Art. 11.1 ; Cf. 35 *supra*.

³¹ Art. 11.4.1.5.

des coûts, lorsque ces derniers augmentaient ou diminuaient de plus de 4 %³³, ou pour causes extraordinaires³⁴. Cette dernière catégorie incluait la création de nouvelles taxes, l'abandon de la parité Dollar-Peso, la promulgation de nouvelles normes environnementales, de qualité des eaux ou d'exigences en matière d'assainissement. Enfin, le Contrat prévoyait de très brefs délais (entre 10 et 30 jours) afin de répondre aux demandes de modification tarifaire³⁵.

- Régime de sanction : le Contrat a créé un régime de sanction permettant à l'EPAS d'imposer des sanctions sous forme d'avertissement, d'amende et même de mesure préventive³⁶. La sanction sous forme d'avertissement peut être imposée suite à toute infraction pour laquelle n'est pas prévue de sanction plus lourde³⁷. Le montant des amendes est compris entre 5 m \$ et 500 m \$, et ces amendes sont imposées dans l'hypothèse où OSM serait coupable de l'un quelconque des comportements frauduleux prévus par le Contrat.
- Résiliation : enfin, le Contrat de concession réglementait également sa résiliation unilatérale par décision de la Province comme sanction en cas d'activités illégales du Concessionnaire³⁸. Parmi les 11 hypothèses classifiées, il convient de souligner la violation grave des dispositions légales ou contractuelles ainsi que les « arriérés répétés et injustifiés quant au respect des investissements annuels ou des objectifs convenus dans le PEE »³⁹.

39. Les deux aspects du Contrat de concession qui, à la lumière du présent différend, présentent le plus grand intérêt, sont les investissements auxquels s'est engagé le Concessionnaire (*infra* 3.2), et le régime tarifaire prévu (*infra* 3.3).

3.2. Obligation d'investir

40. Le Contrat de concession obligeait expressément le Concessionnaire à atteindre les paramètres d'efficacité et les Objectifs quantitatifs définis dans la partie II du PEE. C'est-à-dire que le Concessionnaire, en décidant d'assumer la Concession, s'est engagé à l'égard de la Province à ce que le service public d'approvisionnement en eau et d'assainissement des égouts, atteigne après un nombre d'années déterminé, les Objectifs quantitatifs fixés dans le Contrat.

41. À titre d'exemple, le PEE imposait qu'en 2015 :

³² Art. 11.4.3.

³³ Art. 11.4.4.

³⁴ Art. 11.4.5.

³⁵ Art. 11.4.6.

³⁶ Art. 12.2.

³⁷ Art. 12.2.4.1.

³⁸ Art. 13.3.

³⁹ Art. 13.3.2.

- la pression minimum de référence atteigne 10 m.c.a. ;
 - le nombre d'échantillons avec bactéries coliformes soit inférieur à 0,5 % ;
 - le nombre d'accidents du travail pour 100 employés soit inférieur à 1,0 ;
 - le traitement secondaire des effluents, qui s'élevait à 40 % en 1997, atteigne 100 % ;
 - et que jusqu'à 39 paramètres quantitatifs supplémentaires soient atteints.
42. Les Objectifs quantitatifs constituent de véritables obligations pesant sur le Concessionnaire : il s'engage à les atteindre dans les délais indiqués dans le PEE. De plus, les retards dans le cadre du respect d'un Objectif quantitatif constituent une infraction, pouvant être sanctionnée par l'EPAS au moyen d'une amende comprise entre 100 000 \$ et 1.0 M \$, avec, en plus, la possibilité d'imposer des pénalités d'intérêts⁴⁰.
43. Afin d'atteindre ces Objectifs quantitatifs, le Concessionnaire devait avoir recours à l'expérience et aux connaissances techniques de l'Opérateur technique, et devait également réaliser les investissements nécessaires. Le PEE contient dans son Annexe III une liste détaillée et approuvée des investissements prévus pour la période 1996-2020. Ces investissements sont différents en fonction des villes, des projets et des années, et s'élèvent à un total de 336 M \$.

Valeur juridique de l'Annexe III

44. Quelle est la portée juridique de cette liste ? OMS était-elle tenue de réaliser exactement les travaux prévus aux montants indiqués ?
45. En principe, la réponse est négative : l'obligation consiste en la réalisation des Objectifs quantitatifs et non en la réalisation exacte des investissements prévus. Cette conclusion repose sur le fait que le Contrat indique expressément à deux reprises⁴¹ que la liste d'investissements du PEE n'a qu'une « valeur de référence » : l'obligation du Concessionnaire consiste à atteindre les Objectifs quantitatifs, et son engagement d'investissement se limite à « la réalisation des objectifs physiques et des travaux d'infrastructure nécessaires pour atteindre l'objectif susmentionné »⁴² (traduction du Tribunal). Cet engagement contractuel est conforme aux Conditions générales approuvées par le Décret 1.418/97, dont l'art. 1.2. intitulé « Définitions » décrit le Plan d'investissements comme « référence » et le PEE comme orientatif.
46. La conclusion précédente doit toutefois être nuancée. Bien que le volume d'investissements prévu dans le PEE ne soit indiqué qu'à titre de référence, son non-respect peut avoir des conséquences juridiques : l'art. 13.3.2. du Contrat, relatif aux retards ou arriérés répétés et

⁴⁰ Art. 12.2.4.2.6.

⁴¹ Définition du PEE, art. 1.2. et art. 2.6.1.

⁴² Art. 2.6.1.

injustifiés quant au respect des investissements annuels ou des Objectifs quantitatifs convenus dans le PEE, permet à la Province de le résilier. C'est-à-dire que le Concessionnaire s'engage uniquement à respecter l'obligation d'atteindre les Objectifs quantitatifs et non celle lui imposant de réaliser l'ensemble des investissements décrits dans le PEE. En revanche, en cas d'arriérés non payés par le Concessionnaire dans le cadre de la réalisation des investissements annuels et si ces arriérés sont répétés et injustifiés, la Province pourrait imposer au Concessionnaire la plus grave des sanctions : la résiliation du Contrat de concession.

3.3. Système tarifaire

47. Le système tarifaire mis au point par le Contrat de concession est particulier, ce qui le différencie des autres concessions d'approvisionnement en eau octroyées par des organismes publics argentins⁴³ :
- Tout d'abord, la tarification est exprimée en Pesos et non en Dollars, sans qu'il ne soit pour autant prévu une quelconque indexation sur la devise américaine. La seule disposition du Contrat de concession à cet égard est que l'abandon de la parité Peso-Dollar donnerait au Concessionnaire le droit à une révision extraordinaire de la tarification, à hauteur d'un montant équivalent aux coûts supplémentaires qu'il aurait encourus en cas de modification du régime de change⁴⁴.
 - Deuxièmement, la modification tarifaire par augmentation des coûts n'est pas liée aux indices des États-Unis. En effet, le Contrat stipule expressément que seront appliqués les indices publiés par l'Institut national argentin des statistiques et recensements⁴⁵.

4. APPEL D'OFFRES PUBLIC

48. Comme nous l'avons précédemment vu, en 1996, la Province a confié à OSM, jusqu'alors encore une entreprise publique, le premier Contrat de concession. Bien que des preuves laissent penser qu'OSM a mené de manière satisfaisante la tâche qui lui avait été confiée et a effectué une série d'investissements visant à l'amélioration des services publics concédés, il est vrai qu'à partir de 1997 la Province a décidé de privatiser l'entreprise. Les motifs ont été expliqués par le témoin Ing. Vélez lors de sa déclaration⁴⁶ : l'Administration souhaitait incorporer un Opérateur technique expérimenté afin qu'il introduise de nouvelles technologies, augmente l'efficacité, réduise les coûts et améliore la qualité du service.

⁴³ Duplique, paragr. 340.

⁴⁴ Art. 11.4.5.1.

⁴⁵ Art. 11.4.4.2.

⁴⁶ Paragr. 11-20.

49. Pour ces raisons, en septembre 1997⁴⁷, la Province de Mendoza a lancé un appel d'offres public national et international pour la vente partielle des Actions de classe A) d'OSM, propriété de la Province, et pour la souscription et l'intégration des Actions de classe C), qui correspondraient à l'Opérateur technique. À cette fin, il a été approuvé un Document regroupant les bases et conditions⁴⁸, qui prévoyait que les Actions de classe A) devant être vendues lors de l'appel d'offres représenteraient 50 % du capital social, les Actions de classe C) devant être souscrites par l'Opérateur technique 20 %, alors que les 20 % du capital détenus par la Province demeureraient possession de la Province (sous forme d'Actions de classe A) et que 10 % supplémentaires seraient accordés au personnel de l'entreprise (sous forme d'Actions de classe B).
50. Trois offreurs ont pris part à l'appel d'offres public, dont le consortium constitué par Sauri, en charge de la fonction d'Opérateur technique, conjointement avec Enron Capital Trade & Resources Argentina S.A., Società Italiana per il Gas S.p.A et deux partenaires argentins. L'offre de ce consortium, regroupé via la société Inversora del Aconcagua S.A (« IDA »), a été publiée dans un *Business Plan*, qui prévoyait qu'OSM réaliserait un investissement de 339 M \$ au cours des 25 premières années (le même que celui requis par le PEE), ce qui dégagerait une « marge de bénéfice très satisfaisante » pour OSM⁴⁹. Le consortium était, par conséquent, disposé à présenter une offre très significative : 132 M \$ pour l'acquisition de 50 % du capital représenté par des Actions de classe A), plus 18 M \$ pour les Actions de classe C), ces dernières actions devant être souscrites et libérées par l'Opérateur technique. L'offre était plus avantageuse que celle des autres participants et la Province lui a ainsi attribué l'appel d'offres en mai 1998⁵⁰.

5. INVESTISSEMENT DE SAURI

51. Il est important de souligner la forme utilisée par la Province pour structurer l'appel d'offres : le consortium a payé un total de 150 M \$, dont 132 M \$ revenaient à la Province, et seulement 18 M \$ tombaient dans les caisses d'OSM. L'appel d'offres était ainsi très favorable à la Province dans la mesure où le montant versé par le consortium lui était principalement destiné, et ne l'était pas à l'amélioration des installations du Concessionnaire : 85 % de cette somme a été destinée au vendeur, la Province, et seulement 15 % sont revenus à la société vendue.
52. Étant donné que le PEE imposait de nouveaux investissements à la charge d'OSM, d'un montant supérieur à 300 M \$, et que la procédure d'adjudication ne prévoyait pas que l'adjudicataire apporte des fonds à OSM au-delà des 18 M \$ initialement prévus, il s'avère

⁴⁷ Un appel d'offres, qui avait déjà été lancé pour la recherche d'un administrateur, s'était soldé par un échec (Réponse paragr. 194-201).

⁴⁸ Décret 1418/97 du 22 septembre ; Doc. S 34.

⁴⁹ Le *Business Plan*, qui n'a pas été présenté lors de l'appel d'offres, a été versé au dossier ; voir Doc. S 192, dernière page.

⁵⁰ Décret 772/98 du 20 mai; Doc. S 35.

donc que l'appel d'offres était fondé sur une présomption : le Contrat de concession serait en mesure de générer, de par la tarification imposée aux consommateurs de Mendoza, une marge de bénéfice qui permettrait au Concessionnaire de récupérer les 132 M \$ versés à la Province et de financer le programme d'investissement, s'élevant à plus de 300 M \$, requis par le PEE.

Actions acquises

53. Les actions de classe A) qui représentent 50 % du capital d'OSM ont été acquises par IDA, société détenue (indirectement) à 24,16 % par Sauri⁵¹. Sauri est donc indirectement propriétaire de 12,08 % du capital d'OSM, sous forme d'Actions de classe A). Par ailleurs, en sa qualité d'Opérateur technique de la Concession, Sauri est également propriétaire de 20 % supplémentaires du dit capital, représentés par les Actions de classe C).
54. Quelle somme Sauri a-t-elle versée afin de s'assurer la propriété de sa participation au capital d'OSM ? La Demanderesse a prouvé avoir versé un total de 72 400 000 USD pour sa participation à OSM, versement effectué via trois virements au titre d'« Investissement » le 9 juin 1998 au bénéfice des sociétés Aguas del Aconcagua, Aguas de Mendoza et Inversoras de Mendoza⁵².

6. CONTRAT D'ASSISTANCE TECHNIQUE

55. Après avoir réalisé l'investissement, Sauri et OSM ont conclu un « Contrat d'assistance technique », en date du 22 juillet 1998, faisant de la société française l'Opérateur technique du Concessionnaire⁵³. Le Contrat d'assistance technique :
 - avait une durée initiale de cinq ans, renouvelable automatiquement pour des périodes successives de même durée⁵⁴ ;
 - prévoyait que Sauri mettrait à disposition d'OSM le Personnel expert prévu dans le Contrat de concession, OSM devant en prendre en charge la rémunération et d'autres frais relatif à celui-ci⁵⁵ ;
 - définissait une rémunération favorable à Sauri correspondant à 3 % du chiffre d'affaires d'OSM⁵⁶, montant exonéré d'impôts payable en USD⁵⁷.

⁵¹ Voir l'encadré relatif aux participations au Doc. S 8.

⁵² Doc. S 273.

⁵³ Doc. S 9.

⁵⁴ Art. 6.

⁵⁵ Art. 2.2.

⁵⁶ Art. 4.

⁵⁷ Art. 5.3.

7. PREMIERE PHASE DE L'EXECUTION DU CONTRAT DE CONCESSION

56. La première phase de vie du Contrat de concession correspond à la prise de possession par le consortium lauréat de l'appel d'offres en juin 1998, et se prolonge jusqu'à la crise financière argentine, qui a débuté fin 2001 et a explosé début 2002. Au cours de cette période, OSM est une société à l'activité relativement stable, ayant obtenu des bénéfices modestes au cours des exercices 1999, 2000 et 2001. Bien que la tarification ait été fixée pour une période de cinq ans, délai ayant expiré le 12 juin 2003⁵⁸, OSM a présenté au moins trois demandes de révision, une par modification des coûts⁵⁹ et les deux autres à caractère extraordinaire, par la création de nouveaux impôts. L'EPAS a refusé deux des trois demandes⁶⁰ et a autorisé en novembre 2001 une augmentation de 1,39 %, par la mise en place d'un nouvel impôt.
57. Malgré tout, des points de friction ont été révélés lors de cette phase, entre OSM et son superviseur, l'EPAS, qui se sont traduits par la mise en œuvre d'une série de sanctions. De plus, des tensions ont surgi entre OSM, la Province et l'EPAS, principalement liées à quatre questions précises :

7.1. Cadastre de clients

58. Le premier désaccord est associé au cadastre de clients d'OSM. Conformément au Contrat de concession, les consommateurs doivent s'acquitter du paiement en fonction de la superficie des immeubles qu'ils occupent ; la tenue d'un cadastre mis à jour constitue donc un prérequis à la facturation conforme de toute l'eau consommée.
59. Il ne fait aucun doute qu'au moment de la privatisation, le cadastre de clients était obsolète et que le Contrat de concession prévoyait que le Concessionnaire

«devra mettre à jour les archives du cadastre, et pourra, à cette fin, réaliser des inspections périodiques dans les immeubles ainsi que demander toute autre information s'y rapportant »⁶¹. (Traduction du Tribunal)

60. En dépit du Contrat, il est vrai que lorsqu'OSM a souhaité mettre à jour le cadastre, ce qui aurait engendré une augmentation de 15 % de la facturation, l'EPAS s'y est opposé en ordonnant la suspension du processus et allant jusqu'à imposer des amendes au Concessionnaire. Finalement, le 21 décembre 2000, par l'intermédiaire et la participation du ministre de l'Environnement et des Travaux publics de la Province, un accord a été trouvé, qui semblait mettre fin à la controverse entre l'EPAS et OSM⁶². Pour entrer en vigueur, l'accord

⁵⁸ Le Contrat prévoyait que le premier quinquennat devrait expirer le 1er janvier 2001, mais l'EPAS, par la résolution 72/98, a fixé comme date de début du premier quinquennat la date d'achat.

⁵⁹ Doc. S 91.

⁶⁰ Voir Doc. S 79.

⁶¹ Art. 19.1. de l'Annexe II.

⁶² Doc. S 64.

devait toutefois être ratifié par le Gouverneur, ratification qui n'a jamais été consentie. Les choses sont restées ainsi en l'état pendant six ans jusqu'à ce qu'un accord ait finalement été trouvé en 2006, là encore par l'intermédiaire et la participation de la Province⁶³, accord par lequel il a été décidé d'un commun accord du système de mise à jour du cadastre. Cet accord est effectivement entré en vigueur par la suite.

7.2. Immeubles non connectés au réseau

61. Le second point de friction touchait, quant à lui, les immeubles situés dans des zones dotées d'un service d'eau potable et d'évacuation des égouts mais non reliés au réseau d'égouts. En vertu du Contrat, ces immeubles devraient s'acquitter du paiement de ce service même s'ils ne sont pas connectés au service⁶⁴. Pourtant, l'EPAS a imposé à OSM l'obligation de ne pas facturer dans de tels cas plus de 38 % du tarif applicable⁶⁵, privant par là même le Concessionnaire des fonds auxquels il aurait en principe eu droit.

7.3. Niveau d'investissement

62. Le troisième point de désaccord a trait au niveau d'investissement requis. Sur la base d'une résolution du 26 avril 2000⁶⁶, l'EPAS a interprété le Contrat de concession comme stipulant que le Plan d'investissement contenu dans l'Annexe III du PEE était contraignant. Face à cette interprétation, OSM a argué que ledit Plan n'avait qu'une valeur de référence et que ce qui comptait n'était que la réalisation des Objectifs quantitatifs, le Concessionnaire étant pleinement libre d'effectuer les investissements qu'il jugeait appropriés afin d'atteindre ces résultats.

63. En raison de cette divergence, l'EPAS n'a pas approuvé l'Avancement du PEE pour l'année 1999 présenté par le Concessionnaire, ni le Plan d'investissement à réaliser en 2000⁶⁷. OSM a formé un recours contre cette décision qui a été rejeté par l'EPAS, qui a alors fait remonter le dossier au Bureau du procureur de l'État⁶⁸. En raison de cette divergence, l'EPAS n'a pas approuvé à nouveau l'Avancement du PEE pour l'année 2000 présenté par le Concessionnaire, ni le Plan d'investissement à réaliser en 2001⁶⁹.

64. L'EPAS a alors exigé du Concessionnaire la réalisation de certains investissements spécifiques (ex. : Résolution 178/00 exigeant l'exécution du système d'égout dans la Villa 25 de Mayo de San Rafael⁷⁰).

⁶³ S 373.

⁶⁴ Art. 5 de l'Annexe II.

⁶⁵ Résolution 93/00 Doc. S 15 et Résolution 77/00 Doc. S 71.

⁶⁶ Doc. S 18.

⁶⁷ Rés. 57/00 du 29 août 2000 Doc. S 16.

⁶⁸ Rés. 94/00 du 18 octobre 2000 Doc. S 17.

⁶⁹ Rés. 91/01 du 30 mai 2001 Doc. S 20.

⁷⁰ Doc. S 350.

7.4. Retraités et personnes défavorisées

65. L'art. 26 de la Loi n° 6.044 prévoyait que la Province pourrait attribuer des subventions afin que les retraités et les personnes défavorisées puissent s'acquitter du paiement de l'eau, en établissant la norme suivante :

« le dédommagement aux opérateurs devra comprendre le montant exact de la subvention accordée à l'usager et devra être versé dans un délai de soixante (60) jours. L'expiration de ce délai sans paiement de la subvention entraînera la nullité de la subvention ».
(Traduction du Tribunal)

La Loi n° 6.044 exigeait le développement réglementaire de la norme contenue dans l'art. 26. Ledit règlement n'a pas été approuvé jusqu'à promulgation du Décret 2340/01 du 6 décembre 2001⁷¹, soit presque huit ans après l'approbation de la loi.

66. La Province n'a jamais été en mesure de verser ces subventions et sa dette s'élevait entre 1995 et 1999 à 15 M \$. Deux Protocoles de reconnaissance de dette ont été signés, le 26 novembre 1999 et le 21 décembre 2000⁷². Le Protocole du 26 novembre 1999 reconnaissait que la Province devait à OSM plus de 13 M \$ pour les subventions versées aux plus défavorisés (pour les exercices 1995-1996). Le Protocole du 21 décembre 2000 a élevé ce montant à 16 M \$ (exercice 2000 compris), plus 1,4 M \$ d'intérêts, et a défini un calendrier de paiement. De plus, après négociation, il a été décidé que l'ensemble des amendes imposées par l'EPAS seraient annulées et sans effet.
67. Bien que les deux Protocoles aient été signés respectivement par les ministres de l'Environnement et des Travaux publics et par le ministre des Finances, ils ne sont jamais entrés en vigueur ni n'ont été exécutés. Cela tient au fait que ces deux Protocoles devaient être ratifiés par le Gouverneur de la Province (condition qui figurait dans le corps même du texte) et que celui-ci s'y est toujours refusé. Les paiements reconnus dans les Protocoles, qui avec les intérêts s'élevaient à 20 M \$, n'ont jamais été réalisés.
68. Fin 2001, l'approbation du Règlement précisant l'art. 26 de la Loi n° 6.044 n'a pas non plus permis le déblocage des paiements, et dans les faits, la question de la dette encourue par la Province au titre des subventions versées aux retraités et aux personnes défavorisées n'a pas été résolue jusqu'à la conclusion en 2007 du second Protocole d'entente⁷³.

8. MESURES D'URGENCE ADOPTEES PAR L'ARGENTINE DEBUT 2002

69. Le 21 novembre 2001, la Province, représentée par ses ministres de l'Environnement et des Finances, l'EPAS et OSM avaient conclu le second Protocole, accord qui, dans l'hypothèse

⁷¹ Doc. S 38.

⁷² Doc. S 63 et S 64.

⁷³ *Infra* paragr. 113.

d'une ratification par le Gouverneur, semblait mettre fin aux divergences : la Province reconnaissait devoir au Concessionnaire une somme s'élevant à presque 20 M \$ au titre des subventions accordées aux plus défavorisés, et les procédures de sanction déjà engagées par le superviseur étaient annulées. Toutefois, l'accord n'a jamais été exécuté et un mois plus tard, à la fin 2001, la situation financière de la République est devenue insoutenable, le paiement de la dette de l'État a été suspendu, la faillite a été déclarée et la crise financière a explosé⁷⁴. Suite à quoi, le 6 janvier 2002, l'État argentin a promulgué la Loi n° 25.261 d'urgence économique (la « Loi n° 25.261 »), mesure qui a été complétée par la Province de Mendoza au travers des Lois provinciales n° 6.975 et 6.976 du 15 janvier 2002⁷⁵. La Loi n° 25.261 a déclaré l'« urgence publique en matière sociale, économique, administrative, financière et de change »⁷⁶ et a aboli le type de change fixe entre le Peso et le Dollar⁷⁷.

70. En ce qui concerne le présent différend, les mesures d'urgence ont eu un double impact : d'un côté, suite à l'abandon de la parité Peso/Dollar, une partie de l'endettement d'OSM est restée exprimée en Dollars (*infra* 9), et d'un autre côté, la crise a également conduit à la paralysie des renégociations relatives à la tarification (*infra* 10). Il convient de souligner le fait que le Contrat de concession prévoyait que les tarifs devaient être exprimés en Pesos et non en Dollars, de telle sorte que la conversion *ope legis* de la tarification des Dollars en Pesos, motif de réclamation présent dans bien d'autres contrats de concession, s'avère inapplicable dans le cas d'espèce⁷⁸.

9. CONSEQUENCES SUR L'ENDETTEMENT D'OSM

71. OSM avait souscrit le 21 avril 1995, alors qu'elle était encore contrôlée par la Province, un prêt d'un montant avoisinant les 20 M USD, dont le créancier était l'Ente Nacional de Obras Hídricas de Saneamiento (« ENOHSA », Organisme national de travaux hydrauliques d'assainissement), qui avait lui-même reçu des fonds d'organismes internationaux et dont l'objectif était le financement de travaux et d'infrastructures.
72. Après l'abandon de la parité Dollar/Peso et la « pesification » de l'ensemble des dettes, il s'est posé la question suivante : en quelle devise OSM se devait-elle de rembourser le prêt accordé par ENOHSA. L'Entreprise concessionnaire faisait valoir que le remboursement devait s'effectuer selon le type de change un Dollar/un Peso. Toutefois, suite à la nécessaire réclamation d'OSM, ENOHSA a adopté le 28 août 2002 une Résolution⁷⁹ indiquant que le prêt restait exprimé en Dollars et que l'emprunteur était tenu de fournir un montant en Pesos de façon à permettre l'acquisition sur le marché de la quantité de Dollars due. Au vu de la

⁷⁴ Réponse, paragr. 91.

⁷⁵ Réponse, paragr. 159.

⁷⁶ Art. 1.

⁷⁷ Art. 3 à 5.

⁷⁸ Réponse, paragr. 86.

⁷⁹ Doc. S 80.

rapide dévaluation du Peso face au Dollar, cette interprétation contractuelle supposait qu'OSM se voyait obligée de faire face à des sommes en Pesos significativement supérieures.

73. OSM a arrêté de payer les sommes dues à ENOHSA, et la Province, qui était garante de l'opération, a dû se charger de ces paiements.⁸⁰ Le différend opposant OSM et la Province a été réglé via le second Protocole d'entente, dans lequel il a été convenu qu'OSM rembourserait la dette à la Province en Pesos pendant 14 ans à un taux d'intérêt annuel de 6 %⁸¹.

Politique d'endettement d'OSM

74. Indépendamment de la question précédemment traitée, la République argentine a accusé OSM d'avoir adopté une politique d'endettement incompatible avec la concession après l'effondrement de la convertibilité⁸². Selon la Défenderesse,

« lorsque la concession était soumise au régime de la convertibilité, la société a augmenté ses dettes de 50 %, soit 21 % de plus par rapport aux prévisions de Sauri lors de la réalisation de l'offre »⁸³. (Traduction du Tribunal)

75. Après vérification par le Tribunal des documents produits par l'Argentine afin de soutenir ses allégations, voici ce qui s'en dégage :

- fin 1998, l'endettement bancaire d'OSM ne s'élevait qu'à hauteur du prêt d'ENOHSA, plus 2,9 M USD avec des entreprises associées⁸⁴ ;
- lors des prévisions financières établies par Sauri lors de la prise en charge d'OSM, il était prévu que l'endettement d'OSM augmenterait de 10 M USD de 1998 à 2001⁸⁵ ;
- en réalité, l'endettement d'OSM fin 2001 consistait en le même prêt d'ENOHSA, hérité de l'administration antérieure, un financement d'entreprises associées qui était resté stable, à hauteur de 2,9 M USD, plus un nouveau financement bancaire de 23,5 M USD⁸⁶.

76. Autrement dit : alors que selon les prévisions initiales pour le triennat 1999-2001, l'endettement d'OSM devait augmenter de 10 M USD, l'augmentation s'est en réalité élevée à 23,5 M USD. Cette augmentation est-elle le signe d'une mauvaise politique de la part d'OSM ? Selon l'avis du Tribunal arbitral, l'évaluation du comportement de l'Entreprise concessionnaire se doit de prendre en compte le fait que, parallèlement, la Province n'avait

⁸⁰ Réponse, paragr. 278.

⁸¹ Clause 11.

⁸² Réponse, paragr. 273.

⁸³ Réponse, paragr. 273, notes omises.

⁸⁴ Comptes annuels 1998, Annexe IV, Doc. S 200.

⁸⁵ Doc. S 192, p. 11.

⁸⁶ Comptes annuels 2001, Annexe IV, Doc. S 203.

pas satisfait à ses obligations financières, légalement contraignantes, consistant à verser à OSM des subventions aux retraités et aux personnes défavorisées, obligations qui, en vertu des Protocoles souscrits par la Province, avoisinaient les 20 M \$. Si la Province devait 20 M \$ à OSM, il n'est pas étonnant que la société ait dû s'endetter afin de combler ce déficit.

77. L'Argentine reprochait également à OSM l'imprudence de sa politique financière, qui était financée en Dollars et ne prenait pas en compte le risque de dévaluation⁸⁷. Cette récrimination est inacceptable dans la mesure où la loi argentine avait défini un régime de change qui garantissait la parité entre le Dollar et le Peso et qu'il semblait difficile d'imputer une négligence à une société, contrôlée par des investisseurs étrangers, pour le simple fait d'avoir bon espoir que la législation en vigueur soit respectée. De plus, l'art. 11.4.5.1. du Contrat de concession offrait une protection à OSM en cas de rupture de la parité Peso/Dollar. Une telle circonstance provoquait la révision extraordinaire de la tarification.
78. Enfin, l'Argentine reprochait également à OSM la prédominance de son financement à court terme⁸⁸. Il est vrai que la nouvelle dette contractée par OSM était intégralement à court terme. Cela ne s'expliquait toutefois pas par la volonté de l'emprunteuse mais par la situation des marchés financiers qui, face au risque encouru par le pays, limitaient les financements des sociétés argentines à des crédits à très court terme⁸⁹.

10. RENEGOCIATION DU CONTRAT

79. Une autre conséquence liée à la déclaration de l'état d'urgence économique a consisté en la renégociation *ope legis* de tous les contrats de travaux et de services publics conclus par la République et les Provinces. Au sein de la Province de Mendoza, ce principe a été imposé par la Loi n° 6.976 du 15 janvier 2002⁹⁰,
- qui prévoyait que la renégociation devrait disposer de l'approbation préalable du Pouvoir législatif provincial⁹¹ ;
 - qui définissait une série de critères devant être pris en compte lors de la renégociation ; et
 - qui autorisait le Pouvoir exécutif provincial à « anticiper le processus de révision tarifaire » s'il l'estimait opportun⁹².

⁸⁷ Réponse, paragr. 274.

⁸⁸ Réponse, paragr. 276.

⁸⁹ Comptes annuels 2001, Faits postérieurs à la clôture, p. 30 *in fine* ; Doc. S 203.

⁹⁰ Doc. S 22.

⁹¹ Art. 2.

⁹² Art. 2 A) *in fine*.

80. La Loi n° 6.976 a été précisée par le Décret 487/02 du 26 avril⁹³, par lequel a été créée une « Commission renégociatrice des Contrats de services publics »⁹⁴ (« Commission renégociatrice ») ayant pour mission d'assister le Pouvoir exécutif provincial dans la renégociation, entre autres, des contrats de concession du service de distribution d'eau⁹⁵. La renégociation devait être rapide et il a ainsi été inclus dans le décret une disposition prévoyant que

« Toutes les phases du processus de renégociation prévues par la Loi provinciale n° 6976 devront être précisées intégralement dans un délai ne dépassant pas CENT QUATRE-VINGT (180) jours civils, à compter de l'entrée en vigueur du présent décret-accord ».
(Traduction du Tribunal)

81. Dans les faits, le délai maximum établi à 180 jours afin d'achever la renégociation des contrats, délai qui expirait en octobre 2002, n'a pas été respecté et a dû être reporté successivement au moins neuf fois⁹⁶, jusqu'à ce que la Loi provinciale n° 7.650 du 4 janvier 2007 ne le fixe définitivement au 30 juin 2007. La période de renégociation, initialement prévue pour un maximum de six mois, a ainsi dépassé les cinq ans et n'a pris fin que le 17 mai 2007 par la conclusion du second Protocole d'entente.

10.1. Première demande d'augmentation des tarifs présentée par OSM

82. Le 12 mars 2002, alors que la Loi n° 6.976 avait été promulguée mais pas son décret d'application, OSM a présenté une première demande d'augmentation des tarifs⁹⁷. Selon le Concessionnaire, conformément à l'art. 11.4.5 du Contrat de concession, la modification de la parité entre le Peso et le Dollar l'autorisait à présenter une demande de révision extraordinaire des tarifs, sur le bien-fondé de laquelle l'EPAS et la Province « devront se prononcer » dans un délai maximum de 10 jours⁹⁸. Selon OSM, l'abandon de la parité lié aux lois d'urgence était préjudiciable à la société, dans la mesure où les revenus liés à la tarification étaient exprimés en Pesos, sans aucune mise à jour automatique, alors que la dette exprimée en Dollars à l'égard d'ENOHSA reste en Dollars et que l'endettement bancaire est mis à jour en raison de l'inflation. OSM conclut en déclarant ce qui suit :

« l'équilibre économique de la Société a été rompu par la perte de la convertibilité de la devise argentine »⁹⁹. (Traduction du Tribunal)

83. L'EPAS a réagi en suspendant la procédure de révision tarifaire prévue dans le Contrat de concession, et en transmettant la demande de révision extraordinaire des tarifs au Pouvoir

⁹³ Doc. S 46.

⁹⁴ Art. 1.

⁹⁵ Art. 2 b).

⁹⁶ Demande, paragr. 76.

⁹⁷ Doc. S 385.

⁹⁸ Art. 10.4.6.

⁹⁹ Doc. S 385, dernière page.

exécutif provincial « afin qu'elle soit prise en compte dans le cadre de la renégociation des contrats de services publics » (traduction du Tribunal) conformément à la Loi n° 6.976. OSM a été informée de ces mesures par une lettre en date du 26 mars 2002¹⁰⁰.

84. En réponse à cette lettre, OSM a présenté le 7 août 2002 au ministre des Travaux publics de Mendoza un « Guide des procédures pour le processus de renégociation contractuelle »¹⁰¹ (traduction du Tribunal). Il s'agit d'un document d'envergure détaillant l'évolution contractuelle et le niveau d'exécution du Contrat, les investissements réalisés, la situation financière de la société et l'impact de l'urgence. Ce document est conclu par une série de propositions visant à surmonter la situation d'urgence. OSM a évalué l'impact économique de l'urgence économique à 179 M \$ et demandait à titre de mesures d'urgence et afin de compenser cet impact, une révision des tarifs extraordinaire justifiée par la situation d'urgence, le paiement par la Province des subventions accordées aux retraités et aux personnes défavorisées, et l'autorisation de mettre à jour le cadastre de clients¹⁰².

10.2. Tentative d'Accord

85. Le Ministre a envoyé à son tour le Guide à l'EPAS¹⁰³, qui, après avoir procédé à un examen approfondi du sujet, a publié le 12 février 2003 un rapport selon lequel OSM était rentable et par lequel elle recommandait à la Commission renégociatrice des Contrats de services publics de ne pas augmenter la tarification, étant donné que « la rentabilité de la société OSM SA est acceptable »¹⁰⁴ (traduction du Tribunal). La décision de l'EPAS se fonde sur un rapport exhaustif¹⁰⁵, selon lequel « la majorité des réclamations, en plus d'être démesurées, n'ont aucun fondement technique, opinion renforcée à la lumière des valeurs de rentabilité obtenues lors de cette étude »¹⁰⁶ (traduction du Tribunal). Le rapport reconnaissait que la rentabilité de l'actionnaire en 2002 avait été négative (- 25 %), mais estimait que le taux interne de retour de l'actionnaire entre 1998 et 2002 était positif et s'élevait à 8 %¹⁰⁷. Quant aux prévisions pour l'exercice 2003, le rapport estimait que même avec une inflation de l'ordre de 40 %, le taux de rentabilité nominal pour l'actionnaire resterait positif (12 %) ¹⁰⁸.
86. En 2003 et 2004, OSM a continué à présenter des rapports à la Commission renégociatrice, et ces négociations¹⁰⁹ ont débouché sur un Accord conclu le 15 décembre 2004¹¹⁰ (l'« Accord »).

¹⁰⁰ Doc. S. 386.

¹⁰¹ Doc. S 536.

¹⁰² P. 85.

¹⁰³ Doc. S 388.

¹⁰⁴ Doc. S 331, p. 3.

¹⁰⁵ Doc. ARA 203.

¹⁰⁶ P. 4-5.

¹⁰⁷ P. 9.

¹⁰⁸ P. 10.

¹⁰⁹ Doc. S 137, 138, 140 et 141.

¹¹⁰ Doc. S 316.

La Commission renégociatrice était représentée par les ministres de l'Environnement et des Travaux publics et des Finances de la Province, et le consentement à cet Accord a par la suite été ratifié par le Gouverneur par le Décret n° 257 du 28 février 2005. L'Accord résolvait en partie les controverses existant entre l'Entreprise concessionnaire et la Province :

- tout d'abord, il déterminait les dettes entre OSM et l'administration publique, et est arrivé à la conclusion qu'OSM devait à la Province 12 M \$, alors que la Province lui devait 16 M \$, soit un solde en faveur d'OSM de 4 M \$, que la Province s'obligeait à payer et OSM à investir dans la réalisation de travaux ;
- parmi les sommes à compenser, OSM acceptait de verser 1 350 000 \$ au titre des sanctions imposées par l'EPAS, les deux parties convenant que ce paiement annulerait toutes les amendes appliquées par l'EPAS à l'Entreprise concessionnaire ;
- deuxièmement, la Province s'est engagée à ne pas imposer de sanctions en cas de non-respect provisoire de certains Objectifs quantitatifs du PEE, et
- enfin, les deux parties se sont engagées à chercher des solutions transactionnelles quant au caractère contraignant ou indicatif du PEE, de la mise à jour du cadastre et de la révision des tarifs ; en ce qui concerne ce dernier point, il a été convenu de la création d'un Comité technique qui devrait rendre un avis au plus tard le 30 mars 2005 et présenter une méthode de calcul.

87. Bien que l'Accord ait été signé par les deux ministres du gouvernement et promulgué sous forme de décret par le Gouverneur, il n'est jamais entré en vigueur : il a été rejeté par la Chambre des députés le 6 mai 2005 par 31 voix contre 14¹¹¹.
88. Suite à ce rejet, OSM n'a pu toucher la somme de 3 977 476 \$¹¹² que la Province reconnaissait lui devoir dans l'Accord. Le processus de renégociation a alors été de nouveau retardé.
89. Ce n'est que le 26 juin 2005 que les débats ont repris. Ce jour-là, le ministre de l'Environnement et des Travaux publics de la Province a officialisé le rejet de l'Accord par le Pouvoir législatif, a proposé comme nouveau mécanisme de négociation un Protocole d'entente qui devrait être conclu entre la Province et l'Entreprise concessionnaire et a annoncé que le Gouvernement régional avait chargé les « Universités nationales du secteur »¹¹³ (traduction du Tribunal) de procéder à une étude intégrale d'OSM. Le protocole était accompagné d'un premier avant-projet de Protocole d'entente.
90. En octobre de la même année, l'EPAS a finalement demandé à l'Université nationale de Cuyo (« UNC ») et l'Université technologique nationale (« UTN ») de mener une étude intégrale relative à l'exécution du Contrat de concession, la première examinant les aspects économiques et financiers et la seconde s'en tenant aux aspects techniques.

¹¹¹ Doc. S 372.

¹¹² Doc. S 316.

¹¹³ Doc. S 402.

91. Le rapport de l'UNC¹¹⁴, paru en juillet 2006, analysait la rentabilité moyenne d'OSM, qui s'est avérée négative : -4,25 %, et près de -10 % à partir de 2002. En conséquence, l'UNC préconisait une augmentation des tarifs comprise entre 17,4 % et 57,1 %, en fonction du taux de rentabilité annuel et du montant annuel d'investissements requis¹¹⁵. L'UNC a également développé une méthodologie générale pour la révision tarifaire¹¹⁶.
92. Le rapport de l'UTN, rendu également en juillet 2006¹¹⁷, prétendait établir le déficit d'investissement imputé à OSM, indépendamment du fait de savoir « si le Plan d'investissements de l'Annexe III du Contrat a valeur de référence comme le soutient OSM ou s'il a force obligatoire comme l'estime l'EPAS » (traduction du Tribunal). L'UTN concluait en constatant que le déficit d'investissement s'élevait à 83 M \$ entre 1998 et 2001, et à 120 M\$¹¹⁸ entre 1998 et 2005 .
93. En désaccord avec les conclusions de l'UTN, OSM a confié à la société de conseil Inglesse la rédaction d'un rapport qui a été remis aux Autorités provinciales en septembre 2006¹¹⁹, selon lequel le rapport de l'UTN était entaché d'erreurs méthodologiques et d'erreurs dans l'évaluation des investissements réalisés. Inglesse a notamment constaté que les investissements effectués par OSM entre 1998 et 2005 s'élevaient à 81 M \$ et non à 16 M \$ comme le prétendait l'UTN¹²⁰. Le rapport d'Inglesse a conduit à la tenue d'une série de réunions finalement consignées dans un compte-rendu élaboré par l'EPAS, en date du 10 novembre 2006, et adressé au ministre de l'Environnement et des Travaux publics, accompagné des rapports finaux de l'UTN et de l'UNC¹²¹. Dans ce compte-rendu, l'EPAS recommandait une augmentation du tarif moyen en Pesos de 55,3 %, en se fondant sur un taux de rentabilité de 8,8 % et des investissements annuels moyens de l'ordre de 15,7 M \$¹²².
94. En résumé : le processus de révision du Contrat de concession et du tarif applicable au service, qui s'est déroulé entre 2002 et 2005, présente les caractéristiques suivantes :
- La réglementation d'urgence prévoyait que tous les contrats de concession de services publics devaient faire l'objet d'une renégociation. Dans le cadre de cette renégociation, il devait également être abordé l'adaptation de la tarification au nouveau régime de change.

¹¹⁴ Doc. S 548.

¹¹⁵ P. 236.

¹¹⁶ P. 238 s.

¹¹⁷ Doc. S 547.

¹¹⁸ P. 414.

¹¹⁹ Doc. S 549.

¹²⁰ P. 14.

¹²¹ Doc. S 405.

¹²² La modification de la redevance de concession, des investissements et du taux de rentabilité entraîne également la modification de l'augmentation de la tarification, celle-ci fluctuant entre 21,4 % et 65,6 % - cf. p. 5.

Le Concessionnaire a accepté l'invitation du Gouvernement de Mendoza visant à renégocier le Contrat et à en rétablir l'équilibre¹²³.

- Bien que la norme prévoyait que le processus devrait être conduit dans un délai de six mois, le processus s'est en fait prolongé sur cinq ans, se transformant en un processus administratif sans fin, auquel il a été apporté différents rapports provenant de l'EPAS, de l'UNC et de l'UNT.
- Les parties ont convenu d'un accord partiel consigné dans l'Accord du 15 décembre 2004, approuvé par le Gouverneur mais rejeté par le Pouvoir législatif provincial. Il n'est donc jamais entré en vigueur.
- Au cours de cette période, la tarification est restée inchangée, aux mêmes valeurs historiques adoptées en 1991 (avec une unique augmentation de 1,39 en novembre 2001, visant à compenser une modification fiscale).
- La Province ne s'est pas acquittée des subventions dues à l'Entreprise concessionnaire au titre de la baisse des tarifs pour les retraités et les personnes défavorisées, et OSM a, à son tour, refusé de s'acquitter de la redevance pour la Concession et les impôts provinciaux dus à la Province et des amendes imposées par l'EPAS¹²⁴. Le solde en découlant était favorable à OSM, et la Province a reconnu dans l'Accord devoir un solde net de 3 977 476 \$.

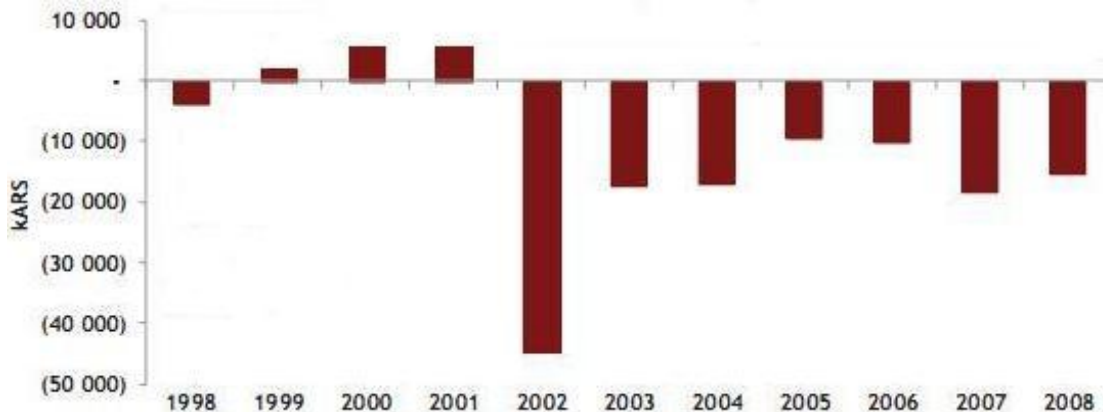
11. RISQUE D'EFFONDREMENT DU SERVICE

95. Au cours de cette période, le Concessionnaire a continué d'exécuter le Contrat de concession, en dépit de l'état d'urgence économique qui touchait l'ensemble de l'économie argentine. La crise a en revanche clairement eu un impact sur les résultats nets de la société : lors des exercices 1999-2001, OSM avait dégagé de faibles bénéfices, et en 2001, elle a été en mesure de verser un dividende de 1 M \$ (duquel 340 m \$ revenaient à la Province en tant que partenaire d'OSM). La donne a changé à partir de l'urgence économique fin 2001, et entre 2002 et 2005, OSM a enregistré chaque année des pertes, les plus importantes datant de 2002 :

¹²³ Lettre d'OSM à l'EPAS du 19 février 2003, Doc. S 733.

¹²⁴ Témoignage de Massini, paragr. 48

RÉSULTAT NET HISTORIQUE D'OSM



96. Par ailleurs, les difficultés financières d'OSM ont conduit au non-respect des Objectifs quantitatifs convenus dans le Contrat de concession. Alors qu'au cours des exercices 2002, 2003 et 2004, les Objectifs qualitatifs ont été réalisés à 100 %, ce pourcentage est tombé à 94 % en 2005 (et a continué à baisser lors des années suivantes jusqu'à atteindre 88 % en 2005¹²⁵). Le « Plan d'action 2002 » n'a pas non plus pu être exécuté, lui qui prévoyait une série d'investissements ; cette information a été communiquée par le Concessionnaire à l'EPAS¹²⁶. Au cours de cette période, les investissements réalisés par l'Entreprise concessionnaire ont également diminué, atteignant 8,5 M \$ en 2002, et 5,8 M \$, 6,7 M \$ et 8,0 M \$ les années suivantes¹²⁷.

Avertissement : risque d'effondrement

97. La situation d'OSM est devenue très problématique, comme le montre la lettre du 9 mai 2005 envoyée par OSM au Gouverneur de la Province¹²⁸. Dans cette dernière, l'Entreprise concessionnaire rappelle qu'elle « fournit le service au même tarif depuis 1991 » et ajoute la chose suivante :

« Cela a pour conséquence de mettre OSM SA dans l'impossibilité de satisfaire à toutes les obligations lui incombant et **le risque, aujourd'hui plus que jamais certain et imminent, d'effondrement du service** »¹²⁹. (Traduction du Tribunal)

98. Il est ainsi possible d'affirmer, sans pour autant apporter d'amples précisions, qu'OSM a tenté d'alerter la Première autorité de la Province que la situation de la société était telle qu'il existait un risque certain et imminent d'effondrement du service de base de distribution d'eau potable aux habitants. Afin d'éviter un tel scénario, OSM demandait dans sa lettre une

¹²⁵ Réplique, paragr. 125.

¹²⁶ Doc. S 733.

¹²⁷ Accuracy, II, paragr. 109 ; entre 1998 et 2001, les investissements ont fluctué entre 7,3 M \$ et 15,1 M \$.

¹²⁸ Doc. S 398.

¹²⁹ P. 4 ; en gras et souligné dans l'original.

révision tarifaire d'urgence de 26 % nominal pour 2005 et de 22 % pour 2006, révision d'urgence, partielle et transitoire qui était prévue à l'art. 4 de la Loi n° 7.187.

99. Le Gouverneur de la Province a évalué la gravité de la situation et a réagi 10 jours après en demandant « le détail précis des risques énoncés »¹³⁰ (traduction du Tribunal). OSM a répondu le 8 juin 2005¹³¹, en indiquant que le gel des tarifs :

« ... a entraîné une dégradation du service concédé, dans la mesure où OSM SA ne dispose que de ressources destinées à la réalisation des travaux, rénovations et réparations indispensables afin d'assurer le fonctionnement du service, ce dernier étant donc confronté à un sérieux risque d'effondrement. Bien qu'il s'agisse d'une situation à risque généralisée, comme l'indiquait le communiqué du 12/11/02 préalablement mentionné, il nous est possible d'indiquer, à titre d'exemple, les situations de risque potentiel suivantes :

- 1) Atteinte portée à la pression et à la continuité du service de l'eau potable dans le Grand Mendoza, qui pourrait être à l'origine d'une pénurie partielle en eau potable.
- 2) Rupture du Premier récupérateur d'eau de Gran Mendoza.
- 3) Insuffisance de la capacité de transport des liquides cloacaux dans la zone ouest du Département de Godoy Cruz. » (Traduction du Tribunal)

100. La demande de révision d'urgence, partielle et transitoire, de la tarification envisagée par OSM a été tacitement déboutée par les Autorités provinciales, qui continuaient alors à négocier.

12. PREMIER PROTOCOLE D'ENTENTE

101. Dans ce contexte, le 15 décembre 2005, les Autorités provinciales sont finalement arrivées à un accord transactionnel (« premier Protocole d'entente »)¹³², qui ne modifiait pas la tarification en vigueur mais qui posait au moins une série de principes généraux et apportait une réponse concrète à trois points spécifiques.

102. Le premier Protocole d'entente a été ratifié par le Gouverneur via le Décret n° 3.016 du 26 décembre 2005, et peu de temps après il a été approuvé par la Loi provinciale n° 7.491 du 10 janvier 2006¹³³. À la différence de l'Accord de 2004, ce protocole est entré en vigueur suite à l'approbation tant du Pouvoir exécutif que du Pouvoir législatif de la Province, mais sa validité juridique n'était que partielle : selon le contenu même du document, seuls ses Annexes I, II et III ont valeur juridique alors que le corps du document ne constitue qu'une « déclaration de principes devant être prise en considération dans les accords » (traduction du Tribunal) que les parties devraient conclure à l'avenir¹³⁴.

¹³⁰ Doc. S 399.

¹³¹ Au moyen d'une lettre destinée au Secrétaire adjoint ; Doc. S 400.

¹³² Doc. ARA 5, le protocole indique comme date de signature le 5 octobre 2005, le décret indiquant lui le 15 décembre de la même année. C'est cette dernière date qui semble être la bonne.

¹³³ Duplique, paragr. 141.

¹³⁴ Art. III.2. La valeur aurait été différente si les Parties avaient été en mesure de conclure les nouveaux contrats avant le 31 décembre 2005. Jusqu'à cette date, il semble que le Protocole dans son intégralité avait force contraignante.

103. Les principes énoncés dans le corps du premier Protocole d'entente peuvent être résumés de la façon suivante :

- Les parties expriment leur volonté de conclure (en principe avant le 31 décembre 2005¹³⁵) une série de contrats et d'accords faisant office de « renégociation intégrale du Contrat de concession » (traduction du Tribunal) ;
- Il sera convenu des bases pour un accord méthodologique de révisions tarifaires, les tarifs en découlant devant « refléter les coûts d'exploitation, d'entretien, le coût financier, l'amortissement du service, l'expansion, la rénovation du système et une rentabilité raisonnable pour le Concessionnaire, dans un contexte d'efficacité de l'entreprise »¹³⁶ (traduction du Tribunal) ;
- Une étude complète sera réalisée afin de fournir un état des lieux du système actuel et des besoins futurs ;
- Suite à cette étude, l'EPAS développera un Plan d'action pluriannuel dans lequel « il sera intégré de nouveaux travaux financés grâce à une revalorisation de la tarification »¹³⁷ (traduction du Tribunal);
- Il est convenu que lors de la période de négociation, l'action introduite par Sauri devant le CIRDI et qui a donné lieu au présent arbitrage sera suspendue ;
- Enfin, les parties se sont engagées à examiner une série de questions sujettes à controverse.

104. Au-delà de ces principes généraux, les parties ont conclu des accords juridiquement contraignants dans les Annexes I, II et III : (i) compensation des sommes correspondant à des dettes réciproques, (ii) assouplissement de certains Objectifs quantitatifs et (iii) plan de travaux à réaliser sans délai.

(i) Compensation des sommes correspondant à des dettes réciproques

105. L'Annexe I au premier Protocole d'entente aborde un thème qui avait déjà fait l'objet de négociations dans le cadre de l'Accord (qui n'est jamais entré en vigueur) : la compensation des sommes que la Province devait à OSM au titre des retraités et des personnes défavorisées avec celles que la Société devait à l'organisme public au titre des impôts provinciaux, de la redevance de concession et des amendes imposées par l'EPAS. Les parties conviennent que la Province doit à OSM 19 M \$ alors que la dette réciproque s'élève à 17 M \$. Après compensation des deux sommes, le solde restant est favorable à OSM (2 M \$). La Province

¹³⁵ La date est très ambitieuse, sachant que le décret approuvant le protocole a été pris le 26 décembre 2005.

¹³⁶ Art. III.1.b.1.

¹³⁷ Art. III.1.a.

reconnaît devoir ce solde mais la fixation du calendrier de paiements est reportée afin de figurer dans le contrat qui mettra fin au processus de renégociation¹³⁸.

(ii) Assouplissement de certains Objectifs quantitatifs

106. Le second aspect de ce Protocole d'entente contraignant à l'égard des parties concerne les Objectifs quantitatifs. OSM avait déjà informé les Autorités provinciales de l'impossibilité de continuer à respecter les Objectifs quantitatifs convenus dans le Contrat de concession. Face à cette situation, les parties ont convenu qu'au cours de la renégociation du Contrat, le Concessionnaire ne sera tenu qu'au maintien des niveaux minimaux de qualité atteints en décembre 2003 et précisés à l'Annexe II¹³⁹. 14 Objectifs quantitatifs sont soumis à modification, et l'EPAS s'engage expressément à ne pas imposer de sanctions en cas de non-respect de ces objectifs.

(iii) Plan de travaux à réaliser sans délai

107. Les parties ont défini certains « travaux à réaliser sans délai » à l'Annexe III, dont le montant total s'élevait à 7 M \$. Concernant ces travaux, il a été convenu qu'ils « seront intégrés à un Plan d'action à court terme pour la période 2005-2006 et que leur financement sera assuré par la société OSM »¹⁴⁰ (traduction du Tribunal).

108. En résumé, comme l'a, à juste titre, déclaré le témoin Dr. Juan Carlos Masini, conseiller juridique des Autorités provinciales, la conclusion du premier Protocole d'entente

« a constitué une véritable réussite tant pour la Province que pour OSM, leurs autorités respectives s'étant déclarées satisfaites de l'accord convenu. Bien que partiel, il s'agit d'une avancée qui a permis de régler la question des dettes réciproques, il a considérablement amélioré la position d'OSM vis-à-vis des organismes de crédit, et a jeté les bases d'un accord complet »¹⁴¹. (Traduction du Tribunal)

13. SECOND PROTOCOLE D'ENTENTE

109. Début 2006, après ratification du premier Protocole d'entente par le Pouvoir législatif de la Province, les parties se sont engagées dans un nouveau processus de négociation, avec l'objectif de conclure un second Protocole d'entente qui donnerait aux principes généraux convenus dans le premier Protocole un effet juridiquement contraignant. Au cours de cette période de négociation, la tarification définie en 1991 est restée en vigueur : les Autorités n'ont jamais donné suite aux demandes réitérées de révision présentées par OSM.

¹³⁸ Art. 6 de l'Annexe I.

¹³⁹ Art. III.1.c).

¹⁴⁰ Art. III.1.a).

¹⁴¹ Masini I, paragr. 72.

110. Ces débats se sont prolongés en 2006 et en fin d'année, le 27 décembre 2006, OSM a envoyé une lettre au ministre de l'Environnement et des Travaux publics¹⁴² résumant la situation et précisant les questions qui avaient fait l'objet d'avancées notables :

- OSM affirmait avoir respecté presque 100 % des Objectifs quantitatifs convenus dans le Contrat de concession et avoir investi 81 M \$ entre 1998 et 2005, selon les données contenues dans ses comptes annuels (et non 15 M \$ comme le prétendait le rapport de l'UTN) ;
- Un thème resté en suspens concernait le PEE : OSM continuait à arguer que seuls les Objectifs quantitatifs avaient force obligatoire et que le Plan d'investissements n'avait qu'une valeur de référence et n'était pas contraignant, alors que selon l'EPAS, ce plan avait également force obligatoire ;
- La tarification d'OSM était gelée depuis 1991, en dépit de ses demandes répétées d'adaptation. L'UNC avait présenté son rapport selon lequel la société avait une rentabilité négative moyenne de l'ordre de -4,25 % par an, et préconisait une augmentation des tarifs de 46,4 % à compter du 31 décembre 2005, pourcentage qui selon OSM devrait atteindre 56,4 % ;
- OSM estimait qu'une augmentation de 20 %, que les Autorités semblaient envisager, serait clairement insuffisante afin de rétablir l'équilibre économique et financier ;
- Le protocole s'achevait en rappelant la situation critique dans laquelle se trouvait la société:

« OSM a demandé en vain au gouvernement qu'il soit effectué toutes les révisions tarifaires prévues dans le Contrat de concession, c'est-à-dire les révisions quinquennales, ordinaires, avant et après décembre 2001, étant donné que l'équation économique-financière de la concession a été mise à mal par la dévaluation et que la situation de la société est dramatique à l'heure actuelle »¹⁴³.
(Traduction du Tribunal)

111. Deux jours après, le 26 décembre 2006, la Commission de renégociation s'est réunie afin de fixer les critères généraux du second Protocole d'entente. Il semble qu'OSM n'ait pas été conviée à cette réunion¹⁴⁴, qui s'est déroulée en son absence, et c'est le Gouverneur de la Province qui a communiqué les conclusions (officialisées par la suite dans le second Protocole d'entente) à OSM comme *fait accompli*¹⁴⁵. OSM a alors réagi en faisant part de son désaccord avec la proposition de la Commission¹⁴⁶ :

¹⁴² Doc. S 406.

¹⁴³ P. 6 ; en gras dans l'original.

¹⁴⁴ Voir l'encadré relatif aux participations au Doc. S 407.

¹⁴⁵ Lettre du 4 janvier 2007, Doc. S 407.

¹⁴⁶ Voir la Lettre du 15 janvier 2007, Doc. S 408.

- Premièrement, OSM a affirmé que l'hypothèse soutenue par la Commission selon laquelle il existait un déficit de 76 M \$ n'avait aucun fondement technique, factuel et juridique ;
- Deuxièmement, elle a déclaré que la méthodologie générale utilisée pour le calcul de la tarification par l'UNC et l'UTC était acceptable bien que nécessitant certaines corrections ;
- Troisièmement, OSM a indiqué que la proposition économique des Autorités (augmentation de la tarification de 19,75 %, de la redevance de 3,85 % et de l'investissement annuel de 10,75 M \$) conduirait à un flux de fonds qui ne permettrait ni de financer les investissements, ni de rembourser la dette bancaire et le prêt d'ENOHSA ;
- Quatrièmement, OSM s'est déclarée prête à accepter une augmentation de la tarification de 19,5 %, à condition qu'elle corresponde à une mesure d'urgence, partielle et transitoire, tout en continuant à travailler sur un accord intégral de renégociation qui rétablirait définitivement l'équation économique-financière de la concession, et qui s'accompagnerait de différentes mesures supplémentaires de soutien.

112. En dépit de ces réticences, après cinq mois supplémentaires de négociations, la Province, représentée par le ministre de l'Environnement et des Travaux publics, et OSM ont signé le 17 mai 2007 le second Protocole d'entente¹⁴⁷, conforme, dans ses grandes lignes, à la proposition de la Commission de renégociation.

13.1. Contenu

113. Le contenu du second Protocole d'entente est vaste. Il comportait une modification d'importants aspects du Contrat de concession et semblait mettre fin à six années de conflits, d'affrontements et d'incompréhensions. Par ce second Protocole d'entente, les parties ont conclu un accord de novation et transactionnel concernant les thèmes suivants¹⁴⁸ :

- Modèle de détermination des tarifs : Les parties sont tout d'abord arrivées à un accord relatif à la méthodologie devant être utilisée à l'avenir afin de déterminer la tarification, en acceptant la proposition avancée par l'UNC¹⁴⁹ ;
- Révision des tarifs par modification des coûts : l'accord a également été étendu à la méthodologie visant à déterminer les révisions tarifaires par modification des coûts. À cette fin, il a été fixé une série d'indices et de formules qui reflétaient mathématiquement les modifications de coûts subies par OSM. Les demandes de révision pouvaient être présentées à partir du 1er janvier 2008, en se fondant sur les indices de coûts correspondant au mois de juillet 2006. Suite à la présentation d'une demande à compter de cette date, l'EPAS disposait d'un délai de 10 jours pour se prononcer sur son bien-fondé¹⁵⁰. Après avoir statué sur le bien-fondé de la demande, il revenait à la Province de définir le

¹⁴⁷ Doc. S 322.

¹⁴⁸ Seules les questions présentant un intérêt dans le cadre de la présente procédure sont résumées.

¹⁴⁹ Art. II.2.

¹⁵⁰ Art. II.4.

pourcentage exact de révision. Pour ce faire, l'EPAS devait proposer un ensemble d'auditeurs, et l'Entreprise concessionnaire en désigner un. La révision devait être effectuée par application de la méthodologie mise au point par l'UNC, l'Entreprise concessionnaire obtenant ainsi une rentabilité réelle annuelle de 6 % par rapport au capital actualisé¹⁵¹ ;

- Augmentation des tarifs : les deux parties acceptent d'augmenter la tarification en vigueur de 19,7 %¹⁵² ;
- Investissements annuels moyens : à partir de l'entrée en vigueur de l'augmentation tarifaire de 19,7 %, OSM s'est engagée à réaliser un investissement annuel moyen, entre 2007 et 2023, de 10 750 000 \$;
- Mise à jour du cadastre des clients : la Province a reconnu que la suspension en 2000 de la mise à jour du cadastre avait été préjudiciable à OSM, et s'est engagée à l'indemniser à hauteur de 18 M \$¹⁵³.
- Solde des comptes entre les parties : les parties ont convenu de liquider les crédits et dettes réciproques. À cette fin, les sommes dues et non encore versées conformément au premier Protocole d'entente ont rapporté des intérêts, et il a été procédé au calcul des dettes réciproques générées en 2005, plus leurs intérêts. De plus, la Province a accepté d'indemniser OSM à hauteur de 18 M \$ au titre du retard dans la révision du cadastre. Au total, le montant des dettes de la Province à l'égard de OSM s'élevait à 28 M \$¹⁵⁴. Par la suite, les parties ont comparé les investissements effectués entre 1998 et 2001, qui s'élevaient à 22 M \$, aux investissements qui, selon l'analyse de l'UTN, auraient dû être effectués afin d'atteindre les Objectifs quantitatifs, soit 98 M \$. La différence entre ces deux sommes (76 M \$) représente le déficit d'investissement entre 1998 et 2000, et ce montant a été « compensé » par la somme que la Province a reconnu devoir à OSM (27 M \$), pour un résultat final de 49 M \$ en faveur de la Province¹⁵⁵ ;
- Promesse de constitution d'un fonds d'investissement : le solde de 49 M \$ n'a pas été versé par OSM à la Province, l'OSM s'étant engagée à l'affecter à la réalisation de travaux liés à l'eau et à l'assainissement au sein de la Province, via la création d'un fonds spécifique. Le Concessionnaire s'est engagé à apporter 1,5 M \$ par an, lors des cinq premières années à compter de la ratification du second Protocole d'entente par le Pouvoir législatif. La somme due par OSM sera remboursée en travaux, dans un délai de 16 ans avec un taux d'intérêt annuel de 5 %¹⁵⁶ ;

¹⁵¹ Art. II.5.

¹⁵² Art. II.3.

¹⁵³ Art. II.6.

¹⁵⁴ Annexe III.

¹⁵⁵ Art. II.1.

¹⁵⁶ Art. II.1.

- Promesses de paiement de la part de la Province : enfin, la Province s'est engagée à payer à OSM la TVA sur les intérêts au titre des services rendus aux retraités et aux personnes défavorisées et des dommages encourus du fait du retard dans l'adéquation du cadastre ;
- Crédits internationaux : la Province, en tant que garante, avait été tenue de payer les prêts en devises concédés par ENOHSA à OSM. Le Concessionnaire s'est engagé à rembourser la somme exprimée en pesos dans un délai de 14 ans et avec un taux d'intérêt annuel de 6 %.
- Redevance de concession : le Contrat de concession prévoyait que la redevance qu'OSM devait à la Province passerait de 3,85 % des revenus à 9,98 %. La Province a renoncé à cette augmentation et s'est déclarée prête à maintenir le pourcentage initial tout au long de la période de concession. De plus, la Province s'est déclarée prête à abroger certaines lois historiques et à approuver une nouvelle loi, dont le texte s'insérerait dans le Protocole d'entente¹⁵⁷. Conformément au texte que devait adopter la nouvelle loi, OSM ne serait plus tenue de verser la redevance à la Province, mais 50 % de la redevance serait affectée à la construction de l'épurateur General Alvear, les 50 % restants seraient remis à l'EPAS et destinés à des travaux liés à l'eau potable et à l'assainissement.

13.2. Entrée en vigueur

114. Bien que conclu en mai 2007, le second Protocole d'entente n'est entré en vigueur que près d'un an après. Dans un premier temps, l'organisation d'une audience publique était nécessaire ; cette audience a été convoquée par l'EPAS en septembre et s'est tenue le 6 novembre. Par la suite, le Pouvoir exécutif devait ratifier le Protocole, chose faite par la promulgation du Décret 3.247 du 23 novembre 2007. De plus, il fallait la confirmation du Pouvoir législatif, confirmation apportée en février 2008 grâce à une procédure d'approbation tacite¹⁵⁸. Le second Protocole d'entente est finalement entré en vigueur le 1er mars 2008¹⁵⁹.
115. La précédente affirmation fait toutefois l'objet d'une exception : la promesse d'OSM d'affecter la redevance à la réalisation de travaux était conditionnée, conformément à l'art. II.9, à la promulgation d'une nouvelle loi qui abrogerait les autres lois existantes qui prévoyaient que la redevance devait nécessairement être versée à la Province. Aucune preuve n'a été produite démontrant que ladite nouvelle loi avait été promulguée ; on en déduit donc que la réglementation historique est restée en vigueur et qu'OSM était toujours tenue de verser la redevance à la Province.

¹⁵⁷ Art. 9.

¹⁵⁸ Demande, paragr. 110 ; l'approbation a été tacite.

¹⁵⁹ Lettre du Ministère du 15 février, Doc. S 420.

14. DEGRADATION CONTINUE D'OSM : SITUATION D'« URGENCE ABSOLUE »

116. Entre la signature et l'entrée en vigueur du second Protocole d'entente, OSM a continué à appliquer les tarifs de 1991, et sa situation financière est devenue de plus en plus dramatique. L'évolution de l'inflation doit être prise en compte. Une lettre envoyée par la société au Gouverneur de la Province, en date du 24 août 2007¹⁶⁰, décrit clairement la gravité de la situation : OSM explique qu'elle a subi des pertes lors de tous les exercices financiers, de 2002 à 2008, et que les pertes accumulées s'élèvent à 98 M \$. En dépit de cela, elle a maintenu la continuité du service, en donnant la priorité à la continuité par rapport aux droits des créanciers et des actionnaires. OSM se plaint qu'au cours des cinq années qui ont suivi la déclaration d'état d'urgence, aucune augmentation des tarifs n'a été ordonnée, malgré l'existence de mécanismes légaux qui auraient permis une révision tarifaire temporaire. Le retard de l'entrée en vigueur du second Protocole d'entente n'a fait qu'aggraver la situation. OSM a grandement besoin de réaliser des dépenses extraordinaires afin de maintenir sa capacité de production, de distribution et d'épuration. Et d'ajouter¹⁶¹ :

« Au jour d'aujourd'hui, le service concédé est confronté à un sérieux risque d'effondrement, et il convient de rappeler qu'il s'agit d'un service public essentiel pour la population de Mendoza et pour les plus de 600 familles dont les soutiens de famille travaillent au sein de l'Entreprise concessionnaire du dit service. Les mesures indiquées précédemment constituent des mesures d'urgence absolue ». (Traduction du Tribunal)

117. Afin de remédier à cette situation d'« urgence absolue », OSM a fait une demande de subvention mensuelle de 800 000 \$, jusqu'à l'application de l'augmentation tarifaire prévue par le second Protocole d'entente.

118. La Province n'a pas donné suite à la demande d'OSM.

119. Le 27 septembre 2007, il s'est tenu l'Assemblée des actionnaires d'OSM, à laquelle a également pris part la Province en tant qu'actionnaire de la société. Il est ressorti de cette Assemblée que le maintien des tarifs de 1991 ainsi que les augmentations considérables des coûts étaient en train de provoquer la saturation économique et financière de la société. La Province a déclaré avoir connaissance de la

« ...situation économique et financière difficile et délicate à laquelle fait face la société et cherche des solutions afin d'y remédier ». (Traduction du Tribunal)

120. Le 13 décembre, OSM a de nouveau écrit au Gouverneur afin de lui rappeler la gravité de la situation, l'impossibilité d'obtenir un financement, et la réduction de la trésorerie à 2,6 M \$, ce qui correspond au versement d'un mois de salaire à l'ensemble du personnel. Sur la base de ces arguments, OSM réclamait de nouveau l'octroi d'une subvention mensuelle de 800 000 \$ jusqu'à l'entrée en vigueur de l'augmentation des tarifs¹⁶².

¹⁶⁰ Doc. S 415.

¹⁶¹ P. 4.

¹⁶² Doc. S 416.

15. NON-RESPECT PAR LA PROVINCE DU SECOND PROTOCOLE D'ENTENTE

121. Le second Protocole d'entente est finalement entré en vigueur le 1er mars 2008¹⁶³, provoquant une hausse de 19,7 % de la tarification, telle que convenue. La Demanderesse prétend que la Province n'aurait pas respecté les obligations prévues par le second Protocole d'entente en refusant de donner suite à une demande légitime d'augmentation tarifaire par modification des coûts présentée par le Concessionnaire (*infra* 15.1) et en ne satisfaisant pas aux obligations de paiement lui incombant (*infra* 15.2).

15.1. Demande d'augmentation des tarifs par modification des coûts

122. Six jours après son entrée en vigueur, OSM a engagé une procédure administrative prévue par le second Protocole d'entente afin de demander une augmentation tarifaire par modification des coûts.

123. L'Argentine a sévèrement reproché à l'Entreprise concessionnaire d'avoir présenté cette demande, quelques jours après l'entrée en vigueur du second Protocole d'entente :

« Cette première demande, cinq jours seulement après l'entrée en vigueur d'un accord de renégociation qui avait requis de gros efforts et alors qu'OSM n'a même pas commencé à satisfaire à ses obligations fondamentales découlant de l'accord, montre le peu de volonté, voire l'absence de volonté, de la part d'OSM de collaborer avec les Autorités provinciales au succès de la Concession. »¹⁶⁴ (Traduction du Tribunal)

124. Le Tribunal ne soutient pas les critiques émanant de la République :

- Premièrement, le texte du second Protocole d'entente permettait clairement à OSM de présenter une telle demande ; la présentation de la demande par l'Entreprise concessionnaire ne constitue donc pas une violation d'un engagement quelconque, l'Entreprise n'ayant fait qu'usage de son droit ;
- Deuxièmement, l'augmentation tarifaire inférieure à 20 % convenue dans le second Protocole d'entente n'imposait des augmentations de coûts que jusqu'en juillet 2006, et au cours des presque deux ans qui se sont écoulés depuis lors, les coûts d'OSM auraient dû subir une forte augmentation, en raison de l'inflation généralisée de l'économie argentine ;
- Troisièmement, OSM n'a jamais caché qu'elle réclamait des augmentations bien supérieures à 19,75 %. Bien avant la signature du second Protocole d'entente, elle avait informé les Autorités qu'une telle augmentation serait loin d'être suffisante pour le rétablissement de l'équilibre économique-financier de la concession¹⁶⁵.

¹⁶³ Lettre du Ministère du 15 février, Doc. S 420.

¹⁶⁴ Réponse, paragr. 407.

¹⁶⁵ Cf. paragr. 111, *supra*.

(i) Début de la procédure

125. Le premier acte de la procédure de révision a consisté en une demande, en date du 6 mars 2008, d'OSM adressée à l'EPAS, en vertu de l'art. II.4 du second Protocole d'entente, visant à la vérification par ce dernier du respect, entre juillet 2006 et décembre 2007, des motifs ouvrant la voie à une révision tarifaire par modification des coûts¹⁶⁶. L'EPAS a rapidement réagi, dans le délai de 10 jours prévu par le Protocole d'entente, et a confirmé le 13 mars 2008 que :

« le motif déterminant le bien-fondé de la révision tarifaire par modification des coûts de l'opérateur OSM SA était respecté »¹⁶⁷. (Traduction du Tribunal)

(ii) Étapes de la procédure administrative

126. Une fois cette condition satisfaite, le second Protocole d'entente prévoyait le processus administratif suivant visant à répondre à la demande¹⁶⁸ :

- Tout d'abord, le Concessionnaire devait proposer la révision tarifaire « sur la base des coûts inhérents à la prestation du service objet de la concession, le tout conformément à la méthodologie indiquée à l'Annexe II B » (traduction du Tribunal), Annexe contenant une série d'indices et de pondérations ;
- À partir de la demande du Concessionnaire, l'EPAS disposait d'un délai « maximum » de 30 jours « afin de se prononcer sur le bien-fondé d'une modification tarifaire, toujours dans le cadre de la méthodologie définie dans le rapport de l'UNC » (traduction du Tribunal);
- Au cours de cette période, « le Concessionnaire devra autoriser la vérification de l'ensemble de l'information par un auditeur externe » (traduction du Tribunal); l'auditeur sera choisi par le Concessionnaire parmi un ensemble d'auditeurs proposés par l'EPAS ;
- Par la suite, l'EPAS transmettra à la Province tous les antécédents afin qu'elle les analyse et se prononce définitivement, sans que le Protocole ne prévoie de délai spécifique pour que la Province adopte la décision finale concernant l'augmentation de la tarification.

(iii) Demande quantifiée

127. Après réception de la confirmation de l'EPAS selon laquelle le motif en cause permettait la révision des tarifs, OSM est passée le 1er avril 2008 à l'étape suivante : elle a envoyé une lettre dans laquelle, en se fondant sur l'art. II.5 du second Protocole d'entente, elle demandait une augmentation de la tarification de 46,73 % pour la période comprise entre juillet 2006 et décembre 2007¹⁶⁹. Ce calcul a été effectué « sur la base de la méthodologie mise au point par

¹⁶⁶ Doc. S 424.

¹⁶⁷ Doc. S 352.

¹⁶⁸ Art. II 5 du second Protocole d'entente.

¹⁶⁹ Doc. S 429.

l'UNC », pour ainsi satisfaire aux exigences énoncées dans le Protocole d'entente. Le Concessionnaire a joint à sa missive de nombreuses annexes ainsi qu'un CD contenant des informations supplémentaires. Le délai convenu de 30 jours afin que l'EPAS se prononce sur la demande a commencé à courir à compter de cet envoi, ce prononcé devant donc intervenir au plus tard le 1er mai 2008.

128. Toutefois, la procédure a pris du retard. L'EPAS a décidé d'avoir recours à un auditeur externe afin de procéder à une vérification des données, possibilité qui était prévue par le second Protocole d'entente. Mais sa désignation s'est transformée en un véritable labyrinthe administratif. Les Autorités souhaitaient rémunérer elles-mêmes l'auditeur, ce qui supposait de suivre une procédure transparente pour sa désignation. Et bien qu'OSM, dans une tentative d'accélération de la révision tarifaire, se soit portée volontaire pour la rémunération des honoraires, la désignation a pris du retard ; le délai a ainsi expiré le 1er mai sans que l'EPAS n'ait transmis le rapport dont il avait la charge. Le 3 mai, OSM a envoyé une carte au Gouverneur dénonçant le non-respect des délais convenus dans le second Protocole d'entente, faisant part, une fois de plus, de la gravité de la situation dans laquelle se trouvait la société et demandant l'intervention du Gouverneur¹⁷⁰.
129. En dépit de l'appel à l'autorité suprême administrative, la procédure administrative relative à la révision tarifaire s'est trouvée dans l'impasse : l'EPAS a proposé l'UNC comme auditeur, proposition acceptée par l'Entreprise concessionnaire, mais la désignation officielle de l'UPC a été reportée *sine die* ; l'Entreprise concessionnaire a ainsi dénoncé ce report dans une lettre urgente en date du 16 juillet destinée au superviseur, dans laquelle elle demandait de nouveau la conclusion du processus de révision tarifaire et faisait référence à la gravité de la situation du service concédé¹⁷¹. Malgré ces missives, l'auditeur externe n'avait toujours pas été nommé fin 2008.

(iv) Demands complémentaires

130. Le temps s'écoulant et étant donné que sa demande initiale d'augmentation des coûts ne s'appliquait que jusqu'à décembre 2007, OSM a présenté diverses extensions à la demande, prolongeant le délai de calcul jusqu'à des dates plus récentes. La première datait du 18 juillet 2008¹⁷² et la dernière du 6 janvier 2009¹⁷³, dans laquelle il a été confirmé les augmentations de coûts survenues entre juillet 2006 et juillet 2008. Le pourcentage de demande d'augmentation tarifaire a été établi à 78,41 %¹⁷⁴ (*pro memoria* : l'augmentation sollicitée pour la période comprise entre juillet 2006 et décembre 2007 s'élevait à 46,73 %).

¹⁷⁰ Doc. S 438.

¹⁷¹ Doc. S 443.

¹⁷² Doc. S 423.

¹⁷³ Doc. ARA 153 ; par la suite, il y a eu une dernière demande d'extension en date du 8 avril 2009.

¹⁷⁴ Doc. S 453.

131. À un moment donné, l'EPAS s'est demandé si ces extensions de demande¹⁷⁵ pouvaient être en contradiction avec l'art. 11.4.6. du Contrat de concession, qui ne permet pas de présenter « une nouvelle proposition de modification des valeurs tarifaires et des prix tant qu'une proposition antérieure n'aurait pas été traitée » (traduction du Tribunal). Il existe même un rapport du cabinet juridique en date du 28 juillet 2008¹⁷⁶ qui propose de reporter l'analyse des extensions successives présentées par OSM, jusqu'à ce qu'une décision soit prise concernant la demande originelle. Cet argument doit être rejeté catégoriquement dans la mesure où OSM ne présentait pas de nouvelles propositions mais se contentait de prolonger le délai de la demande originelle au fur et à mesure que les mois passaient sans que les Autorités, violant par là même le second Protocole, ne traitent ladite demande. Dans tous les cas, le cabinet juridique de l'EPAS a abandonné son argument lors de déclarations postérieures.

(v) Intervention du Ministre

132. En février 2009, le ministre des Infrastructures, du Logement et des Transports a finalement pris ses responsabilités dans l'affaire, et via une lettre en date du 11 février 2009, il s'est adressé directement à l'EPAS, informant le superviseur que le Ministère « prend actuellement les mesures utiles et nécessaires pour l'embauche d'auditeurs externes », tout en ajoutant qu'

« en dépit de cela, et au vu du temps écoulé depuis la première requête présentée par l'Entreprise, il est demandé à Ente Provincial del Agua y del Saneamiento de procéder à l'évaluation des antécédents apportés par l'Opérateur, afin d'émettre des avis les concernant »¹⁷⁷. (Traduction du Tribunal)

133. En résumé : 10 mois après la demande de révision présentée par OSM, sur laquelle, selon le second Protocole d'entente, l'EPAS devait se prononcer dans un délai de 30 jours, les autorités n'avaient toujours pas procédé ni même à la désignation de l'auditeur en charge de la révision de la demande.

(vi) Rapports de l'EPAS

134. Le jour suivant la lettre du Ministre, l'EPAS a commencé à agir. L'Autorité de régulation économique et gestion financière a fait paraître le 12 février un rapport interne dans lequel elle analysait la dernière demande présentée par l'Entreprise concessionnaire, réclamant une augmentation de 78,41 %. Après un examen approfondi, les services internes de l'EPAS sont arrivés à la conclusion que l'augmentation tarifaire qui s'imposait s'élevait à 51,91 %¹⁷⁸. Le jour suivant, l'Autorité juridique de l'EPAS a analysé les aspects juridiques relatifs à la demande et a conclu qu'il

¹⁷⁵ Il s'agit de la terminologie utilisée par la République : Réponse, paragr. 410.

¹⁷⁶ Doc. ARA 152.

¹⁷⁷ Doc. S 455.

¹⁷⁸ Doc. S 338, p. 5. Avec un investissement annuel de 14 450 000 \$; sans investissement, ce chiffre ne s'élevait qu'à 36,57 %.

« s'imposait la modification des tarifs des services fournis par OSM SA, au vu de la possible dégradation des conditions de continuité, de régularité, de qualité, de généralité et d'intégralité dans lesquelles doit être assurée la prestation de ce service, sans préjudice de la réalisation opportune des audits externes ; en prenant toujours en considération le fait que le prononcé final relatif à la modification des tarifs relève de la compétence exclusive du Pouvoir exécutif, sur la base des études réalisées par l'EPAS »¹⁷⁹.
(Traduction du Tribunal)

135. Il convient de mettre l'accent sur l'importance de ces deux rapports : mi-février 2009, les services financiers et juridiques de l'EPAS étaient arrivés à la conclusion selon laquelle la révision tarifaire demandée par OSM était justifiée, que le pourcentage applicable devait s'élever à 51,91 %, et qu'il existait un risque d'effondrement du service. En dépit de ces mises en garde, l'EPAS a continué à retarder la publication du rapport officiel qui, conformément au second Protocole d'entente, devait avoir été remis à la Province le 1er mai 2008, et qui était indispensable afin que la Province puisse adopter une résolution.
136. Entre-temps, les autorités ont finalement désigné en mai 2009 l'UPC comme auditeur chargé de la révision des données présentées par l'Entreprise concessionnaire, et en juin l'EPAS a enfin reçu son rapport¹⁸⁰. Dans son rapport, l'UPC a analysé la dernière demande de révision tarifaire présentée par OSM le 6 janvier 2009, qui prévoyait une augmentation de 78,41 %. Après réception du rapport des auditeurs, l'Autorité de régulation économique et de gestion financière de l'EPAS a élaboré un nouveau rapport, en date du 6 juillet 2009¹⁸¹, qui confirmait les conclusions de son premier rapport du 12 février¹⁸². Le rapport est arrivé à la conclusion suivante :

« La société OSM SA a demandé une augmentation tarifaire de 78,41 %. Cependant, à partir des observations réalisées par l'UNC et selon l'analyse réalisée par cette autorité, l'augmentation tarifaire moyenne serait de 51,91 % »¹⁸³. (Traduction du Tribunal)

137. Autrement dit : OSM avait présenté sa demande de révision tarifaire en avril 2008. Conformément au second Protocole d'entente, l'EPAS aurait dû répondre dans un délai de 30 jours. Le 12 février 2009, un rapport interne des services techniques de l'EPAS est arrivé à la conclusion que la demande était justifiée, et que le pourcentage d'augmentation devrait s'élever à 51,91 %. Après avoir réclamé et reçu le rapport de l'UNC, qui a contrôlé les données fournies par OSM et l'application de la bonne méthodologie, mise au point par l'Université même, les services techniques ont de nouveau confirmé le 6 juillet 2009 qu'OSM avait droit à une augmentation tarifaire moyenne de 51,91 %. Toutefois, bien qu'ils aient eu connaissance de l'augmentation des coûts provoquée par l'inflation généralisée de l'économie

¹⁷⁹ Doc. S 339, p. 5.

¹⁸⁰ Doc. S 556.

¹⁸¹ Doc. S 340.

¹⁸² Doc. S 338 – cf. paragr. 134 *supra*.

¹⁸³ P. 5.

argentine et bien qu'ils aient été informés à maintes reprises de la gravité de la situation financière que traversait l'Entreprise concessionnaire, les positions de l'EPAS et de la Province sont restées inchangées : l'EPAS a refusé de soumettre le rapport obligatoire à la Province, et la Province a refusé d'adopter la décision d'augmentation tarifaire.

15.2. Impayés

138. Sauri prétend également que la Province n'a pas respecté le second Protocole d'entente en refusant de payer les subventions accordées aux retraités et aux personnes défavorisées et la TVA s'appliquant à certaines sommes.
139. La Province était tenue de dédommager OSM pour les subventions que le Concessionnaire concédait aux retraités et aux personnes défavorisées. Le montant dû par la Province jusqu'à la fin 2005 a été reconnu dans le premier Protocole d'entente, et ce solde, auquel sont ajoutés ses intérêts, a finalement été compensé via le second Protocole d'entente. La subvention due jusqu'à la fin 2005 se trouvait ainsi correctement liquidée. Toutefois, la Province a arrêté de payer la subvention correspondant aux exercices 2006, 2007 et 2008 ; les montants dus, qui s'élevaient à plus de 2 M \$, ont été finalement versés en septembre 2010, alors que les autorités étaient déjà intervenues auprès d'OSM¹⁸⁴.
140. C'est donc un fait avéré que la Province était en situation d'impayé en ce qui concerne les subventions accordées aux retraités et aux personnes défavorisées correspondant aux exercices 2006, 2007 et 2008.
141. Quant à la TVA, la situation est différente. Conformément à l'art. III. du second Protocole d'entente, la Province s'était engagée à verser directement à OSM, dans un délai de 30 jours à compter de l'émission de la facture, la TVA due au titre des intérêts et indemnités que la Province devait. Cette somme, que la Province n'a jamais versée mais qu'OSM n'a pas non plus été contrainte de payer aux autorités fiscales¹⁸⁵, s'élevait à 7,2 M \$.

16. NON-RESPECT PAR OSM DU SECOND PROTOCOLE D'ENTENTE

142. La République argentine se défend en affirmant que, lors de ses demandes de révision tarifaire, OSM ne satisfaisait pas, de manière systématique et permanente, aux obligations contractuelles prévues par le second Protocole d'entente, alors que Sauri avait décidé d'abandonner la Concession. Selon la Défenderesse, ces deux facteurs ont fait peser sur la Concession un risque technique qui affectait la régularité du service d'eau potable et d'évacuation des égouts assuré par OSM¹⁸⁶ et a conduit inexorablement à l'intervention.

¹⁸⁴ Cf. le Fichier de paiement du 15 septembre 2010, Doc. S 690, adressé à la « Ex Obras Sanitarias Mendoza Sociedad Anónima », qui classe les paiements dus entre janvier 2006 et avril 2008 ; il ne figure pas dans le dossier si les montants requis ont été versés après cette dernière date.

¹⁸⁵ Demande, paragr. 128.

¹⁸⁶ Réponse, paragr. 414 ; Duplique paragr. 175.

143. Afin d'analyser cette allégation, il est nécessaire de décrire précisément les faits survenus, en commençant par le prétendu non-respect par OSM du second Protocole d'entente :

16.1. Risque d'effondrement

144. Les faits remontent au 12 juin 2008, lorsqu'OSM a informé par lettre le Gouverneur de la Province qu'il existait un risque d'effondrement des réseaux de collecte de Las Heras et de Guaymallén, et lui a demandé une subvention à hauteur de 20 M \$ afin d'éliminer ce risque¹⁸⁷.

145. La demande a donné lieu à un rapport technique de l'EPAS, en date du 30 juillet, soit un mois et demi après la demande d'OSM. Les conclusions du rapport sont les suivantes¹⁸⁸ :

- En ce qui concerne le « risque technique des réseaux de collecte » allégué par OSM, le rapport suggère simplement que « les Autorités de gestion hydrique et d'audit se prononcent à cet égard », sans fixer ni même une date limite de rendu de ladite étude ;
- Deuxièmement, il est préconisé, pour l'exécution des travaux s'avérant nécessaires, de se tourner vers les sources de financement convenues dans le second Protocole d'entente ;
- Troisièmement, le rapport explique l'état d'effondrement ou le risque technique d'un désinvestissement prolongé du service dont OSM est responsable :

« À cet égard, il ressort du Protocole d'entente, à partir des études réalisées par l'Université technologique nationale, que le déficit d'investissement de la société s'élevait à 76 111 000 \$ entre 1998 et 2001 et à 124 745 000 \$ entre 1998 et 2005.

En d'autres termes, si dans le Protocole d'entente conclu entre OSM SA et la Province, la Société a reconnu le déficit d'investissement mentionné, alors le déclin et l'état d'effondrement mis en cause relèvent de sa seule responsabilité »¹⁸⁹. (Traduction du Tribunal)

16.2. Engagement d'investissement

146. La seconde conclusion est légalement fondée : ni le Contrat de concession ni aucun des Protocoles d'entente ne permettaient à OSM de demander des subventions afin d'effectuer des investissements. Au contraire, le second Protocole d'entente comprenait une série d'engagements de la part du Concessionnaire en matière d'investissements, et le rapport rappelle à juste titre leur existence et la possibilité de les appliquer à tout type de travaux, y compris les réseaux de collecte de Las Heras et de Guaymallén.

147. En revanche, la troisième conclusion n'est pas acceptable dans la mesure où il n'est pas certain qu'OSM ait reconnu dans le second Protocole d'entente un déficit d'investissement de 76 M \$ entre 1998 et 2001 et de 125 M \$ entre 1998 et 2005.

¹⁸⁷ Doc. S 439.

¹⁸⁸ Doc. S 335.

¹⁸⁹ P. 3.

148. En fait, dans le second Protocole d'entente, les parties ont transigé quant au « débat de longue date relatif à la valeur de référence ou non des Plans d'exploitation et d'expansion » (PEE)¹⁹⁰. Et dans le cadre de cette transaction, la Province a accepté de renoncer au déficit 2001-2005, accumulé lors de la situation d'urgence, OSM acceptant en échange que le déficit 1998-2001, selon le montant calculé par l'UTN (soit 76 M \$), soit compensé par les dettes accumulées de la Province (27 M \$), soit une différence de 49 M \$, que le Concessionnaire s'est engagé à consacrer à la dotation, sur une période de 16 ans, d'un fonds destiné au financement de travaux¹⁹¹.

16.3. Sources de financement des investissements

149. Mais ce fonds ne constituait pas la seule source prévue dans le second Protocole pour le financement de travaux : comme le montre l'Exposé des motifs du décret,

« la société étant tenue à l'avenir d'atteindre les objectifs définis annuellement et de satisfaire à l'obligation de réaliser les investissements fixés en fonction de la nouvelle tarification, de l'affectation d'une partie de la redevance et du remboursement des montants reconnus au titre du déficit d'investissements »¹⁹². (Traduction du Tribunal)

150. Autrement dit : à partir du second Protocole d'entente, OSM a souscrit à des engagements d'investissement, qu'elle devait fixer chaque année, et qui disposeraient de trois sources de financement : la nouvelle tarification, le fonds constitué avec le déficit d'investissement 1998-2001 et l'affectation d'une partie de la redevance.

16.4. « Plan d'action 2008 »

151. Quelques jours après la publication du rapport, l'EPAS a convoqué le Concessionnaire pour une réunion ayant pour objectif de définir les travaux à exécuter (le « Plan d'action 2008 »), afin de respecter les dispositions de l'art. II.3 du second Protocole d'entente, en vertu desquelles OSM devait affecter chaque année 10 750 000 \$ à l'exécution de travaux préalablement convenus avec l'EPAS¹⁹³. Après quelques vicissitudes, l'EPAS a reporté la réunion au 9 septembre 2008. Ce jour même, OSM a présenté une lettre largement documentée¹⁹⁴ dans laquelle elle affirmait la chose suivante :

- Il existait déjà un Plan d'action 2008, transmis au régulateur au début de l'exercice, qui était assujéti au respect du système de mise à jour des tarifs convenu dans le second Protocole d'entente ;
- Il est surprenant et disproportionné d'exiger d'OSM le respect du second Protocole d'entente alors qu'EPAS lui-même ne le respecte pas ;

¹⁹⁰ Exposé des motifs du Décret, VII.

¹⁹¹ Art. II.1.

¹⁹² Décret n° 3.246 du 23 novembre 2007, Attendu 7 (ARA 6).

¹⁹³ Doc. ARA 155.

¹⁹⁴ Doc. ARA 157.

- Le Concessionnaire ne peut assister à une réunion visant à définir les objectifs d'investissement, dans la mesure où, au vu de la précarité de sa situation financière, il ne dispose pas des fonds permettant d'effectuer des investissements supérieurs à ceux nécessaires pour garantir la continuité et la régularité du service ;
- Les investissements d'un montant de 10 750 000 \$ prévus à l'art. II.3. ne sont exigibles qu'à partir du « recouvrement de l'augmentation tarifaire de 19,7 % », et le recouvrement est un processus lent, qui a été initié le 1er mars et n'a pas encore atteint 100 % ;
- En résumé, OSM accepte que, d'une certaine façon, les conditions prévues dans le second Protocole d'entente pour que les investissements en question soient exigibles sont réunies, et que toute définition du Plan d'action requiert que les ressources soient préalablement définies et assurées avec celles dont elle disposera et avec les tarifs qui seront applicables.

152. L'EPAS a répondu à OSM par une lettre en date du 23 septembre 2008, dans laquelle le superviseur priait OSM de présenter le Plan d'action prévu à l'art. II.3 du second Protocole d'entente « dans le délai péremptoire et non prorogeable de CINQ (5) JOURS »¹⁹⁵ (traduction du Tribunal). Le dialogue de sourds s'est prolongé par une lettre d'OSM du 30 septembre¹⁹⁶, dans laquelle la société a répété que le Plan d'action 2008 avait déjà été présenté le 13 février 2008, et que les investissements qui y étaient consignés étaient assujettis à la mise à jour tarifaire. Ceci étant, le Concessionnaire disposait d'un Plan de travaux jusqu'au 31 décembre 2008 pour des interventions d'urgence et de maintien du service en accord avec les ressources disponibles. L'ultime argument, déjà avancé à plusieurs reprises, consistait à affirmer que tout Plan d'action exigeait que les ressources dont il disposerait soient préalablement définies et assurées.

16.5. Rapports successifs de l'EPAS

153. La réponse de l'EPAS ne s'est pas faite attendre. Le 21 octobre 2008, il a publié un rapport¹⁹⁷ dans lequel il affirmait qu'OSM n'avait pas satisfait à son obligation, conformément au second Protocole d'entente, d'appliquer aux investissements le montant reconnu au titre du déficit d'investissements correspondant à 2008, « montant qui n'est pas lié à la tarification »¹⁹⁸, intimant OSM de se présenter de nouveau à l'EPAS dans un délai péremptoire de cinq jours afin de définir conjointement les travaux correspondant à ce remboursement¹⁹⁹.

154. Le rapport de l'EPAS est important dans la mesure où il définit avec précision le non-respect dont il accuse OSM : ne pas apporter la somme de 1,5 M \$ au fonds d'investissements en vertu des dispositions prévues par l'art. II.1. En réalité, une simple lecture de l'article en question montre qu'il ne peut être reproché à OSM, à la date du 21 octobre 2008, le non-

¹⁹⁵ Doc. ARA 158 ; en majuscules dans l'original.

¹⁹⁶ Doc. ARA 159.

¹⁹⁷ Doc. ARA 161.

¹⁹⁸ P. 4.

¹⁹⁹ P. 5.

respect dont elle fait l'objet d'accusation : conformément à la littéralité du Protocole, l'apport de 1,5 M \$ doit être réalisé au cours de la première année, « à compter de la ratification du présent accord par l'Honorable législature » (traduction du Tribunal). Étant donné que cette ratification a eu lieu en mars 2008, le Concessionnaire pouvait réaliser cet apport jusqu'à avril 2009, et en octobre il disposait encore de plus de six mois pour le réaliser.

16.6. Rapport de l'EPAS du 7 juillet 2009

155. L'EPAS a continué à contrôler les investissements effectués par OSM, et le 7 juillet 2009, il a publié un nouveau rapport²⁰⁰, dans lequel il analysait le soi-disant non-respect par OSM de ses obligations d'investissement en vertu du second Protocole d'entente.
156. Il est intéressant de noter que sur les trois obligations contenues dans le Protocole (doter un fonds avec le solde dû à la Province, s'engager à apporter annuellement la somme de 10 750 000 \$ et affecter la redevance), le rapport ne fait référence qu'aux deux premières. Cette omission n'est pas involontaire puisque la rédaction du rapport n'est pas impartiale ; il essaie en effet de mettre en avant tous les aspects défavorables à OSM et cherche à justifier l'intervention de la Province dans les affaires de la société, intervention qui sera décrétée peu de temps après. Selon le Tribunal, la raison tient au fait qu'en juillet 2009, l'art. II.9 du second Protocole, qui réglementait l'affectation de la redevance à l'investissement, n'était pas entré en vigueur, et il ne l'était pas parce qu'il exigeait, selon la littéralité du Protocole, qu'une nouvelle loi soit promulguée conformément aux dispositions prévues par le Protocole. Le second Protocole a été approuvé tacitement par le Pouvoir législatif, et la République n'a pas prouvé qu'une loi particulière, en vertu des dispositions de l'art. II.9, ait été promulguée. Par conséquent, OSM devait continuer à verser la redevance à la Province et ne devait pas consacrer cette redevance au financement d'investissements.
157. Le rapport de l'EPAS analyse ainsi les deux obligations d'investissement prévues dans le second Protocole et qui étaient déjà en vigueur.
- La première obligation consistait en l'engagement d'investir lors du premier exercice²⁰¹ la somme de 1,5 M \$ via la dotation d'un fonds spécifique (art. II. 1). Concernant cette obligation, le superviseur constate que le montant investi s'élève à 1 496 820 \$ (bien qu'il ajoute que le Plan d'action n'aurait pas été convenu avec l'EPAS en raison du refus d'OSM d'assister aux réunions prévues) ;
 - La seconde obligation contenue dans le second Protocole d'entente consistait à investir en moyenne chaque année 10 750 000 \$, sans pouvoir affecter plus de 15 % de ce montant « aux biens d'équipement ». La conclusion du rapport²⁰² est qu'OSM a investi 10 921

²⁰⁰ Doc. ARA 164.

²⁰¹ Le Protocole établit clairement que le premier exercice doit être pris en compte à partir de la ratification par le Pouvoir législatif (mars 2008-mars 2009). Dans ce rapport, il semble que l'EPAS ait simplement pris les données de l'exercice 2008.

²⁰² Il fait de nouveau référence à l'exercice 2008 ; selon le Protocole, l'exercice doit être pris en compte « à partir du recouvrement de l'augmentation tarifaire de 19,7 % », recouvrement qui a eu lieu plusieurs mois après l'augmentation tarifaire en mars 2008.

675 \$, dépassant presque le niveau global requis. Toutefois, sur ce montant, seuls 3 589 969 \$ aurait été affectés à la réalisation des travaux, le reste aux biens d'équipement, le Concessionnaire n'aurait ainsi pas respecté l'obligation de n'affecter que 15 % du montant total aux biens d'équipement.

158. En résumé : le rapport rédigé par l'EPAS en juillet 2009 l'a été en des termes accablants, et semble *prima facie* reprocher à OSM un manquement total à ses obligations d'investissement. Un autre problème est soulevé : le rapport utilise des données de l'année 2008, alors qu'il aurait fallu utiliser les données de la période comprise entre mars 2008 et mars 2009. Mais même si des données correctes avaient été utilisées, une analyse détaillée et objective des informations contenues dans le rapport conduit à des conclusions beaucoup plus nuancées :

- L'obligation de doter le fonds d'investissement de 1,5 M \$, prévue à l'art. II.1, a été satisfaite dans presque sa totalité (plus précisément, OSM déclare avoir investi 1 496 820 \$) ;
- L'obligation d'investir en moyenne chaque année 10 750 000 \$, prévue à l'art. II.3, a été plus que satisfaite (plus précisément, 10 921 675 \$ ont été investis) ;
- L'obligation, également prévue par l'art. II.3 du Protocole, de n'affecter que 15 % des 10 750 000 \$ aux biens d'équipement, n'a pas été satisfaite ; de ces 10 921 675 \$ investis en 2008, un pourcentage supérieur à 15 % du total a été affecté à l'achat de biens d'équipement.

159. L'EPAS arrive donc à la conclusion qu'OSM a satisfait à l'obligation de doter le fonds de 1,5 M \$ et qu'elle a même affecté un montant supérieur à 10 750 000 \$ comme l'imposait l'art. II.1. Néanmoins, OSM n'a pas satisfait à une obligation secondaire comprise dans cette obligation, consistant à limiter les investissements en biens d'équipement à moins de 15 % du total investi²⁰³.

16.7. Autres non-respects supposés

160. Dans son argument de clôture, l'avocat de la République argentine a également attribué à OSM les non-respects d'obligations contenues dans le second Protocole d'entente, obligations différentes de celles mentionnées dans le rapport de l'EPAS du 7 juillet 2009. Ces non-respects sont les suivants :

161. (i) Tout d'abord, la Défenderesse prétend²⁰⁴ qu'OSM n'a pas appliqué le montant de la redevance de concession à la réalisation d'investissements, comme l'exigeait l'art. II.9 du second Protocole. Le Tribunal a déjà fait valoir que selon lui, l'affectation de la redevance à la réalisation d'investissements n'était pas en vigueur, OSM n'ayant donc pas manqué à une

²⁰³ Le rapport de l'EPAS ne mesure pas l'investissement en biens d'équipement au cours de la période convenue, mais le déficit pour 2008 est tel que même si l'investissement avait été mesuré au cours de la période convenue, il est probable qu'OSM n'aurait pas satisfait à son obligation.

²⁰⁴ Transcription, p. 1335.

obligation quelconque d'effectuer des investissements. Cela n'implique pas pour autant qu'OSM n'était pas tenue de payer la redevance de la concession à la Province.

162. OSM a-t-elle finalement payé la redevance de concession ? C'est un fait avéré qu'OSM n'avait pas payé la redevance avant le second Protocole, la détermination de son montant ayant d'ailleurs constitué l'un des objets du dit accord. La Demanderesse n'a pas apporté de preuve de son paiement, alors que les témoins de l'Argentine ont affirmé que le Concessionnaire n'avait jamais versé la redevance due²⁰⁵. Tout ceci constitue autant d'indices ayant amené le Tribunal à ne pas douter du non-paiement par OSM de la redevance. Cette conclusion est confortée par le fait qu'au cours de cette période, OSM se trouvait en situation de grave déséquilibre financier, que le réseau était sur le point de s'effondrer, et qu'OSM avait demandé avec insistance à la Province une augmentation tarifaire qui viendrait compenser l'inflation des coûts : dans un tel cas de figure, OSM n'était que peu encouragée à consacrer le peu de ressources dont elle disposait au paiement de la redevance.
163. (ii) Deuxièmement, la République tenait également l'Entreprise concessionnaire responsable du non-paiement des montants dus au titre du refinancement des crédits en devises d'ENOHSA²⁰⁶. Pour les mêmes motifs que ceux exprimés au paragraphe précédent²⁰⁷, le Tribunal arrive à la conclusion qu'elle n'a pas satisfait à l'obligation de remboursement du prêt initialement accordé par ENOHSA conformément aux dispositions prévues par le second Protocole d'entente.

16.8. Conclusion

164. Dans son argument final de clôture, la République argentine a déclaré avec conviction ce qui suit :

« Messieurs les membres du Tribunal, il n'y a une obligation qu'ils aient respectée. Pas une ! Et vous trouverez les preuves... »²⁰⁸.

165. En fait, les faits prouvés sont plus nuancés : OSM a respecté les obligations d'investissement prévues par le second Protocole d'entente, et a seulement manqué à son engagement à ne pas affecter plus de 15 % du montant total des investissements aux biens d'équipement. En revanche, OSM n'a pas respecté les deux obligations de paiement à l'égard de la Province prévues par le Protocole : l'obligation de paiement de la redevance, et l'obligation de remboursement du prêt accordé par ENOHSA.
166. Les non-respects (partiels) d'OSM ne peuvent être appréciés sans la prise en compte du propre comportement de la Province. Il a été prouvé que tant l'UNC que l'EPAS sont arrivés à la conclusion qu'en appliquant la méthodologie prévue par le second Protocole d'entente, OSM avait droit à une augmentation tarifaire de 51,91 %, augmentation que la Province a

²⁰⁵ Hernández, transcription, p. 567 ; Saura, transcription, p. 772- 773.

²⁰⁶ Transcription, p. 1335 – 1336.

²⁰⁷ Dans ce cas, les preuves testimoniales de la Défenderesse sont Hernández, transcription, p. 567 et Lentini, p. 934.

²⁰⁸ Transcription français, p. 31.

refusé de reconnaître. Par ailleurs, il a également été démontré que la Province a à son tour manqué aux obligations de paiement auxquelles elle s'était engagée à l'égard de l'Entreprise concessionnaire : elle n'a pas versé les subventions aux retraités et aux personnes défavorisées correspondant aux exercices 2006, 2007 et 2008 jusqu'à la suite de l'intervention²⁰⁹.

17. VOLONTE DE SAURI D'ABANDONNER SA FONCTION D'OPERATEUR TECHNIQUE

167. La Défenderesse a également fait valoir que tout au long de cette période, Sauri souhaitait abandonner sa fonction d'Opérateur technique, et que dans un écrit adressé à la Province en date du 16 septembre 2008, elle a « clairement fait part de son intention d'abandonner la Concession »²¹⁰.
168. La réalité des faits est différente de la version de la Défenderesse, et ces faits n'ont pas les conséquences qu'elle prétend.
169. Le 17 novembre 2003, Sauri avait introduit la présente procédure d'arbitrage contre la République argentine, prétendant que la conduite de la Défenderesse violait les garanties apportées par l'APRI. En mars 2007, soit préalablement à la conclusion du second Protocole d'entente, Sauri s'était adressée à la Province²¹¹ afin d'obtenir l'autorisation pour pouvoir transférer les actions d'AdM au Groupe Mastronardi, et s'était déclarée prête à renoncer à l'arbitrage devant le CIRDI dans l'hypothèse où l'autorisation serait concédée et où les actions seraient effectivement transférées à l'acheteur. L'intérêt qui avait motivé Sauri à se défaire de ses participations a été rendu public et a même été révélé dans la presse locale²¹².
170. La Province, tout en ayant connaissance de l'intention de Sauri d'abandonner son investissement, a continué à s'entretenir avec OSM et en mai 2007, elle était disposée à conclure le second Protocole. Mais ce n'est pas tout : la Province est allée jusqu'à entamer des négociations avec la société française, afin d'en acquérir directement les titres et d'annuler la privatisation de la concession des eaux. Mais en dépit de l'accord de l'entreprise vendeuse, l'opération n'a pu être réalisée : soumise par le Gouverneur au Parlement, le Pouvoir législatif de la Province l'a rejetée²¹³.
171. Une fois écartée la vente des actions de classe C) à la Province, Sauri a essayé de nouveau de vendre sa participation au groupe d'investissement Mastronardi, et en a informé de nouveau la Province dans la lettre du 16 septembre 2008²¹⁴, lettre sur laquelle la République fonde son allégation selon laquelle Sauri avait décidé d'abandonner la Concession.

²⁰⁹ Cf. paragr. 140 *supra*.

²¹⁰ Duplique, paragr. 189.

²¹¹ Lettre du 22 mars, Doc. ARA 142.

²¹² « *Ciudadano* » du 16 avril 2007, Doc. S 664.

²¹³ Doc. ARA 160 : Lettre d'OSM au ministre des Infrastructures de la Province du 16 septembre 2008, p. 2.

²¹⁴ Doc. ARA 160 : Lettre d'OSM au ministre des Infrastructures de la Province du 16 septembre 2008.

172. En réalité, la missive de Sauri ne prouve aucunement une intention d'abandon, mais celle de vendre les actions et de mettre ainsi fin au contentieux l'opposant à la République. La société française informe la Province qu'elle est en pourparlers avec le Groupe Mastronardi afin de lui vendre ses participations dans OSM, ajoutant qu'elle serait prête à renoncer à l'action devant le CIRDI si la Province
- Autorisait le transfert de la qualité d'Opérateur technique à une nouvelle société (en indiquant qu'il pourrait s'agir de Befesa Argentina S.A.),
 - Déclarait que personne n'est en droit de déposer une réclamation à l'encontre de Sauri ou d'AdM, ou de leurs employés et dirigeants, et
 - Consentait à la résiliation du Contrat d'assistance technique liant AdM et OSM, sans qu'aucune sanction ne soit appliquée à Sauri.
173. En résumé : les faits prouvent que, déjà bien avant le second Protocole d'entente, Sauri essayait de vendre ses participations, que la Province faisait partie des acheteurs potentiels, et que cette option n'a pas abouti car le Parlement provincial ne l'a pas approuvée.

18. INTERVENTION ADMINISTRATIVE AUPRES D'OSM

174. L'intervention administrative est une prérogative de l'administration prévue et réglementée par l'art. 48 de la Loi n° 6.044 :

« Le Pouvoir exécutif, sur proposition de l'EPAS, pourra décider d'intervenir auprès du Concessionnaire, de l'entreprise chargée de la prestation ou de l'exploitation du service, pour une période allant jusqu'à cent quatre-vingt jours, renouvelable une fois. Cette intervention sera justifiée si le non-respect des obligations légales ou contractuelles conduit à l'inadéquation des conditions de prestation et si les sanctions prévues précédemment ne sont pas propices à leur rétablissement.

L'intervention aura pour objectif de rétablir l'adéquation des conditions de prestation du service sans qu'il ne s'avère nécessaire de remplacer temporairement les organes de direction et d'administration de l'entité prestataire »²¹⁵. (Traduction du Tribunal)

175. La loi envisage ainsi l'intervention comme une mesure provisoire (limitée à deux périodes de 180 jours), justifiée lorsque le Concessionnaire ne respecte pas ses obligations légales ou contractuelles, entraînant l'inadéquation du service, inadéquation qui ne peut être résolue via des sanctions. Sa finalité est le rétablissement du service et, en règle générale, la désignation de l'administrateur judiciaire ne conduira pas au remplacement des organes de direction et d'administration.

²¹⁵ Doc. ARA 77.

18.1. Procédure administrative ayant conduit à l'intervention

176. Le rapport juridique publié par le cabinet juridique de l'EPAS le 7 juillet 2009 constitue la première étape de la procédure administrative qui conduira à l'intervention administrative auprès d'OSM^{216 217}.

18.2. Rapport juridique de l'EPAS

177. Ce document, signé par le Dr. Carlos Giuffrè, conseiller juridique interne de l'EPAS, constitue un exemple parfait. Il explique en détail les faits et les fondements juridiques qui ont conduit à l'intervention auprès de l'Entreprise concessionnaire.

178. Les faits qui, selon le rapport de l'EPAS, justifient l'intervention, peuvent être regroupés en catégories de la manière suivante :

(i) Mauvais état de certaines installations (Fait 1) : il existe une série d'installations, confiées à OSM, qui se trouvent en mauvais état de fonctionnement. Les installations les plus importantes sont les collecteurs de Guymallén et de Las Heras qui, comme l'avait signalé OSM, se trouvent dans une situation de risque technique et pour lesquels OSM a demandé une subvention de 20 M \$²¹⁸. Une autre installation expressément mentionnée est l'aqueduc de Potrerillos, victime d'un déficit d'entretien.

(ii) Non-respect des objectifs de qualité des effluents traités (Fait 4) : les stations de traitement sont surchargées du fait du manque d'investissement et ne remplissent pas correctement leur mission.

(iii) Faible pression au niveau de l'approvisionnement en eau (Faits 5, 13) : la conception du réseau n'est pas adaptée en raison du faible nombre des conduites au diamètre suffisant ; certains forages ne disposent pas de système automatique de fonctionnement ou de pressurisation ; insuffisance du service à San Rafael.

(iv) Problèmes liés à la qualité de l'eau (Faits 2, 3 et 11) : dans certains logements du département de Godoy Cruz, du manganèse a été détecté dans l'eau, l'EPAS ayant alors ordonné une réduction tarifaire de 62 % pour les personnes affectées et imposé une amende de 100 000 \$; un échantillon d'hypochlorite de sodium fourni par un tiers à OSM atteignait des valeurs supérieures à la limite admise de mercure par litre ; OSM s'est également vu infliger une amende d'un montant de 105 000 \$ pour des problèmes de qualité à Jocolí-Lavalle.

²¹⁶ Doc. S 341.

²¹⁷ Il convient de rappeler que le 6 juillet est la date à laquelle l'Autorité financière de l'Organisme a publié un second rapport relatif au non-respect de l'obligation d'investir, décrit au paragr. 136 *supra*, et qui sert également de fondement à l'intervention.

²¹⁸ Cf. paragr. 144 *supra*.

- (v) Plan de contingence (Fait 7) : bien qu'il ait été présenté par OSM, il n'a qu'une valeur théorique et est dépourvu d'éléments spécifiques permettant de formuler des plans de prévention et de mitigation.
- (vi) Imposition d'amendes (Fait 8) : l'EPAS a imposé à OSM en 2007 et 2008 un total de 27 amendes pour un montant de 745 000 \$.
- (vii) Non-respect des investissements du premier Protocole d'entente (Fait 9) : en vertu du premier Protocole d'entente, OSM s'était engagée à réaliser des travaux en 2005-2006 d'un montant de 7 831 000 \$ (Annexe III). En fait, des travaux ont été effectués en 2007 pour un montant ne s'élevant qu'à 4 809 940 \$, ce qui suppose un déficit de 39 %.
- (viii) Non-respect des investissements du second Protocole d'entente (Fait 10) : selon le rapport, OSM n'a pas respecté ses obligations d'investissement découlant du second Protocole, le déficit s'élevant à 61 % (3 589 962 \$ ont été investis sur les 9 137 500 \$ prévus²¹⁹).
179. Le rapport présente également les impayés réciproques des deux parties : « Au jour d'aujourd'hui, ni l'État ni OSM n'ont versé les sommes correspondant à 2006, 2007, 2008 et 2009 ». Il estime qu'OSM doit 5 M \$ au titre d'impôts et 8 M \$ au titre de la redevance, la Province devant, quant à elle, 5 M \$ au titre des subventions accordées aux retraités et aux personnes défavorisées.
180. De plus, le rapport analyse ce qu'il appelle la « clause de déclenchement », qui permet d'accélérer la réalisation d'une révision tarifaire par modification des coûts. Il confirme que le 7 mars 2008 il a été fait recours à la « clause de déclenchement », qui autorise la réalisation d'une révision tarifaire, et reconnaît que les études de l'EPAS et de l'UNC soulignent le bien-fondé d'une augmentation tarifaire de 51,91 % en prenant en compte les investissements, et de 36,57 % sans prise en compte des investissements.
181. Le rapport décrit par la suite le cadre juridique applicable, et, en appliquant la norme aux faits allégués, préconise l'adoption de décisions ayant un effet immédiat. Les sanctions ne disposent pas de cet effet immédiat dans la mesure où OSM utilise tous les moyens à sa disposition afin d'éviter de respecter les décisions émanant de l'EPAS. Dans ces conditions, les usagers n'obtiennent aucune réponse satisfaisant leurs besoins. Par conséquent, il estime que sont réunis les motifs prévus par l'art. 48 de la Loi n° 6.044 afin de déclarer l'intervention.

18.3. Proposition d'intervention

182. Presque un mois après, le 3 août, le Directoire de l'EPAS, en se fondant sur le rapport juridique du Dr. Giuffrè, qui selon lui « est totalement conforme », a adopté un accord unanime²²⁰ par lequel il « demandait » au Pouvoir exécutif de procéder à une intervention

²¹⁹ Ces données ne correspondent pas au rapport de l'Autorité financière de l'EPAS de la même date : cf. paragr. 158 - 159 *supra*.

²²⁰ Doc. S 355.

administrative auprès d'OSM d'une durée de 180 jours renouvelable une fois. L'intervention devait consister en le remplacement temporaire des organes de direction et d'administration de l'Entreprise concessionnaire, et son objet visait à « rétablir l'adéquation des conditions du service ».

18.4. Proposition concomitante d'augmentation des tarifs

183. *Pro memoria* : conformément à la procédure convenue dans le second Protocole d'entente, une fois qu'OSM a présenté une demande de révision tarifaire par modification des coûts, le processus comprenait trois phases :
- La première consistait en la confirmation par l'EPAS, dans un délai de 10 jours, de l'acceptation du motif, confirmation donnée par l'EPAS dans les délais impartis le 13 mars 2008 ;
 - La seconde consistait en le calcul par l'EPAS, avec l'aide de l'auditeur externe, de la modification adéquate de la tarification, en appliquant la méthodologie mise au point par l'UNC, et en la présentation d'une proposition de modification à la Province ; ce processus devait être achevé dans un délai maximum de 30 jours à compter de la demande du Concessionnaire, soit, dans le cas d'espèce, au plus tard le 1er mai 2008 ;
 - Une fois reçue la proposition de l'EPAS, la Province devait rendre sa décision finale sans que le Protocole ne fixe un délai péremptoire déterminé.
184. À ne pas oublier non plus que le 12 février 2009, l'Autorité financière de l'EPAS, après réception du rapport d'audit de l'UNC, avait publié un rapport interne, adressé au Président de l'organisme, qui concluait à la nécessité d'appliquer une augmentation tarifaire de 51,91 % (pour un investissement annuel de 14 450 000 \$, et de 36,57 % sans prise en compte des investissements). Pourtant, en dépit de la publication du rapport technique interne, le Directoire de l'EPAS n'a jamais adopté la mesure suivante imposée par le second Protocole d'entente : soumettre la proposition à la Province.
185. Conformément à ce qui avait été convenu, le délai de 30 jours devait courir à compter de la demande d'OSM, et prendre donc fin le 1er mai 2008. Mais, selon une interprétation bien plus large, il était éventuellement possible de faire courir le délai à partir de la publication par l'UNC de son rapport, soit le 12 février 2009. Il serait en revanche injustifiable que, si l'EPAS disposait d'un rapport interne depuis le 12 février 2009, rapport qui synthétisait l'information de l'UNC, le Directoire ait attendu le 3 août 2009 (soit près de 6 mois) afin d'adopter la décision de soumettre la proposition d'augmentation tarifaire à la Province. C'est précisément lors de cette même réunion qu'il a été proposé d'intervenir auprès d'OSM, lorsque l'EPAS décida finalement de présenter les rapports de l'UNC et de sa propre Autorité à la Province, avec comme proposition d'augmenter la tarification de 51,91 % (avec des investissements s'élevant à 14 450 000 \$, et de 36,57 % sans prise en compte des investissements).

18.5. Décision d'intervention prise par le Gouverneur

186. Le 3 août 2009, le Gouverneur de la Province, agissant dans le cadre de l'Accord des Ministres, a promulgué le Décret n° 1.690²²¹, par lequel il prévoyait l'intervention administrative auprès d'OSM « dans l'objectif de rétablir l'adéquation des conditions de prestation du service et d'assurer sa continuité », d'une durée initiale de 180 jours renouvelable une fois. Par la suite, l'ingénieur Gonzalo Manuel Dávila, vice-président de l'EPAS, a été désigné comme administrateur judiciaire, avec une rémunération équivalente à celle d'un ministre et avec pour fonctions de
- Rétablir la prestation du service ;
 - Réaliser une évaluation intégrale des accords en vigueur ;
 - Analyser les contrats en cours d'exécution ;
 - Réaliser un audit complet ;
 - Préserver les emplois.
187. Le décret prévoit que l'administrateur judiciaire exercera la totalité des attributions confiées, dans le Statut social et/ou des règlements internes en vigueur, au Directoire et à son Président. Il convient de rappeler que la Loi n° 6.044 permet deux types d'intervention : l'intervention la plus légère qui n'entraîne pas le remplacement des administrateurs de la société faisant l'objet de l'intervention, et l'intervention la plus grave qui entraîne, quant à elle, ledit remplacement. Au vu de la situation d'OSM, le Gouverneur a finalement opté pour la seconde intervention.
188. Le décret justifiait la décision d'intervention en avançant les mêmes arguments que ceux brandis par le rapport juridique de l'EPAS du 7 juillet, arguments que la proposition du Directoire du dit organisme avait fait siens.
189. Face au décret d'intervention, OSM a formé un recours en annulation devant le Gouverneur²²², par lequel elle demandait dans un premier temps la suspension provisoire de la mesure, puis son annulation. Le recours invoquait le fait que le décret était vicié pour abus de pouvoir, dans la mesure où l'intervention ne visait en réalité pas à rétablir les conditions de prestation du service mais la prise de possession par le Gouvernement provincial de l'Entreprise concessionnaire. De plus, il mettait en cause l'existence de chacune des circonstances factuelles prises en compte au moment de décider de l'intervention, en arrivant à la conclusion que de telles circonstances ne s'étaient pas produites de la forme alléguée par le décret. Enfin, le recours prétendait également que le droit de défense d'OSM avait été violé, l'intervention ayant exproprié indirectement OSM sans qu'il ne lui soit versé préalablement l'indemnisation qui lui était due.

²²¹ Doc. S 323.

²²² Doc. S 524.

190. Le recours a été débouté de par le silence gardé par l'administration.²²³

18.6. Décision d'augmentation des tarifs prise par le Gouverneur

191. Ce même 3 août, le Gouverneur a pris un second décret, le Décret n° 1.703²²⁴, prévoyant l'augmentation tarifaire de 36,57 % d'OSM. Le Gouverneur a fondé sa décision sur le rapport de l'UNC et sur la proposition du Directoire de l'EPAS du même jour. Il convient de rappeler que cette proposition comportait la proposition d'augmentation des tarifs de 51,91 % (avec des investissements s'élevant à 14 450 000 \$, et de 36,57 % sans prise en compte des investissements). Entre ces deux options, le Gouverneur a choisi l'augmentation la plus basse, bien que cette augmentation ne respecte pas les engagements souscrits dans le second Protocole d'entente. Ainsi, le décret prévoit que l'augmentation tarifaire sera réalisée :

« de manière anticipée et provisoire par application stricte de la procédure prévue par l'art. II.5 du (second) Protocole d'entente »²²⁵.

192. Autrement dit : conformément à sa littéralité, l'augmentation décrétée par le Gouverneur le 3 août 2009 ne respecte toujours pas à la lettre les engagements d'ajustement tarifaire acceptés par la Province dans le second Protocole d'entente.

18.7. Exécution de l'intervention

193. Le 3 août 2009, l'Administrateur judiciaire, accompagné de nombreux assistants, et avec la présence de la force publique, a procédé à la notification du décret d'intervention et a physiquement pris possession d'OSM. Conformément aux dispositions du décret d'intervention, l'administrateur judiciaire a démis de l'ensemble de leurs fonctions les organes administratifs d'OSM prévus par la loi et les statuts, et a pris en charge tous les pouvoirs exécutifs de la société. Parmi les premières mesures adoptées par l'administrateur judiciaire, il a décidé, dans un premier temps, de suspendre de ses fonctions le Personnel expert que Sauri avait mis à disposition d'OSM conformément à l'art. 2.2. du Contrat de concession, puis par la suite de le licencier²²⁶. Il s'agissait en l'occurrence de la directrice A. Alberdi et du directeur des opérations F.R. Pagnotta, licenciés le 26 août 2009.

194. À compter de l'intervention, l'ensemble des décisions de gestion ont été adoptées par l'administrateur judiciaire sans consultation ni ratification par les actionnaires propriétaires d'OSM, et sous sa seule responsabilité. Parmi les mesures adoptées, on peut notamment citer l'embauche de 50 nouveaux employés, affectés aux missions d'entretien du service sous la houlette de l'Autorité d'exploitation²²⁷.

²²³ Demande, paragr. 139.

²²⁴ Doc. S 324.

²²⁵ EdeM IX.

²²⁶ Cf. paragr. 55 *supra*.

²²⁷ Réponse, paragr. 461.

195. Apparemment, la prise de contrôle par l'administrateur judiciaire et indirectement par la Province n'a pas été suivie d'une amélioration immédiate du service. Les problèmes de pollution au manganèse semblent avoir subsister²²⁸, il s'est produit en avril 2010 un nouvel épisode de contamination au mercure²²⁹, et au cours de l'été 2009, des milliers d'habitants de Las Heras et de Guaymallén (OSM avait mis en garde contre les carences de cette zone²³⁰) ont été victimes d'une pénurie d'eau²³¹. Il semble que l'administrateur judiciaire n'ait pas non plus été en mesure de remédier au problème chronique du sous-investissement. En mars 2010, l'EPAS a libéré OSM de l'obligation légale de présenter le rapport annuel relatif au respect du PEE pour l'exercice 2009. Ainsi, l'administrateur judiciaire n'a pas eu à rendre des comptes sur les investissements effectués au cours du dit exercice et sur le respect des Objectifs quantitatifs prévus par le Contrat de concession.
196. La République n'a pas nié la continuité de ces problèmes, mais se justifie en déclarant que²³²
- « Une grande part de la détérioration est directement liée à une décennie de sous-investissement et de gestion opérationnelle inefficace ; cette tendance pourrait être renversée, dans le meilleur des cas, par une période équivalente de surinvestissement ».
(Traduction du Tribunal)

19. RESILIATION DU CONTRAT DE CONCESSION

197. Conformément à l'art. 48 de la Loi n° 6.044, l'intervention administrative ne peut excéder deux périodes successives de 180 jours. Le Gouvernement de la Province a fait usage de cette possibilité, et la seconde période d'intervention s'est achevée en juin 2010. À l'expiration de ce délai, des prorogations supplémentaires ne pouvaient être imposées par décret, une loi spéciale (la Loi n° 8196) a donc dû être promulguée afin de renouveler une fois de plus la période d'intervention.
198. Une fois l'intervention achevée, la gestion et l'administration d'OSM devaient être restituées à Sauri et aux autres actionnaires. Toutefois, le Gouverneur de la Province avait déjà annoncé, à l'occasion d'un discours prononcé le 1er mai 2010 devant le Parlement régional, que la société se trouvait dans « une situation critique suite à des années de laisser-aller dans sa gestion privée » et qu'elle « doit repasser aux mains de l'État provincial »²³³.

²²⁸ Information parue dans la presse : cf. Doc. S 669 ; reconnu par la Défenderesse, Réponse paragr. 408.

²²⁹ Information parue dans la presse : cf. Doc. S 677 ; dans l'article publié par le quotidien *UNO* le 19 avril 2010, le leader syndical M. Canone déclare que « la situation d'Obras Sanitarias s'est empirée depuis l'intervention ».

²³⁰ Cf. paragr. 144 *supra*.

²³¹ Information parue dans la presse : cf. Doc. S 671, 672 et 674 ; la Réponse, paragr. 470, sans nier en bloc les faits, parle de mauvais approvisionnement d'environ 20 000 individus.

²³² Réponse, paragr. 463.

²³³ *Los Andes*, 2 mai 2010 ; Doc. S 680.

199. L'instrument juridique utilisé afin d'atteindre cet objectif politique a été la résiliation du Contrat de concession, en application de son art. 13.3. Cette clause permettait la résiliation unilatérale par le concédant, en cas de non-respect des obligations assumées par le Concessionnaire, ou si ce dernier était coupable d'un comportement frauduleux. La norme impose que la décision d'intervention soit graduelle, en tenant compte de la gravité de l'infraction, des préjudices occasionnés au service, du niveau d'atteinte à l'intérêt public et du degré de négligence ou dol. Dans l'hypothèse où le non-respect ou l'infraction serait réparable, avant de résilier la concession, le Contrat prévoit que le Concessionnaire fasse l'objet d'intimidation, afin qu'il puisse corriger ou réparer son action et s'acquitter de son devoir²³⁴.
200. Le 12 juillet 2010, le Gouverneur a décrété la résiliation du Contrat de concession²³⁵ pour faute du Concessionnaire, en lui reprochant :
- Le défaut grave d'exécution de ses obligations contractuelles²³⁶ ;
 - Des retards répétés et injustifiés dans le cadre du respect des Objectifs quantitatifs ou des investissements convenus dans le PEE²³⁷ ;
 - La violation répétée du Règlement de l'Usager²³⁸ ;
 - La réticence ou la dissimulation répétée à l'égard de l'organisme régulateur²³⁹ ;
 - Le manque de constitution de la garantie²⁴⁰ ;
 - Des changements non autorisés dans la composition de la société²⁴¹.

La date de résiliation a été fixée au 27 septembre 2010, date à laquelle il sera procédé à la réception provisoire du service.

19.1. Audit général

201. Le fondement factuel de la résiliation se trouve dans le rapport intitulé « Audit général d'OSM », prévu par le décret d'intervention, et que l'administrateur judiciaire avait commencé avec la collaboration de l'UNC²⁴². L'Audit général constituait un projet de grande envergure

²³⁴ Art. 13.11.III.

²³⁵ Décret n° 1541 du 12 juillet 2010 ; Doc. A RA 114.

²³⁶ Art. 13.3.1.

²³⁷ Art. 13.3.2.

²³⁸ Art. 13.3.6.

²³⁹ Art. 13.3.7.

²⁴⁰ Art. 13.3.9.

²⁴¹ Il s'agit en l'occurrence de la sortie du groupe Azurix et de l'entrée d'Aguasur, et de changements dans le contrôle du groupe Sauri ; Réponse, paragr. 499.

²⁴² Doc. A RA 114.

qui prétendait réviser, de façon générale, tous les aspects ayant affecté la concession et l'Entreprise concessionnaire, et qui devait se dérouler en quatre Phases, A, B, C et D (collecte de l'information de base, développement de l'information, évaluation et intégration finale). Au moment de la résiliation du Contrat, seule la Phase B était achevée, qui correspondait au développement de l'information recueillie lors de la Phase A. Ce développement a été consigné dans un long rapport de 75 pages, daté du 2 juin 2010 et signé par l'ingénieur Puliafito en tant que Coordinateur général. Ses conclusions sont les suivantes :

« Il est clairement fondé et établi, au-delà de tout doute raisonnable et circonstance atténuante, que le Concessionnaire et son Opérateur technique ont été coupables, à maintes reprises, d'un défaut grave d'exécution des obligations découlant du Contrat de concession, du Décret-cadre régulateur 911/95, de la Loi provinciale 6044, de la Loi nationale 19550 relative aux sociétés commerciales et d'autres lois nationales et provinciales, entraînant de graves conséquences sur la qualité de vie des citoyens, la qualité de l'environnement et le Patrimoine de l'État provincial »²⁴³. (Traduction du Tribunal)

Contenu

202. L'Audit général a effectué une évaluation dévastatrice du comportement d'OSM en tant que Concessionnaire du service public :

- Premièrement, il est reproché à OSM un défaut grave d'exécution en termes de qualité du service d'eau potable et des égouts, qui se résume comme suit²⁴⁴ :

« Comment peut-on justifier le fait que l'Opérateur technique de la Société, qui avait été retenu pour son expérience technique et duquel on espérait un transfert de technologie et l'apport de connaissances, comme il l'était effectivement envisagé dans le Contrat d'exploitation technique, n'ait non seulement pas contribué à la capitalisation technique de la Société, mais qu'il ait, au contraire, provoqué sa décapitalisation, reconduisant ainsi le bien social qui lui avait été confié à l'état de sous-développement duquel il était en train d'émerger ? L'ampleur de la fraude à l'égard de la Province et de ses habitants est directement proportionnelle aux attentes générées par la transformation du secteur dans la Loi n° 6044 ». (Traduction du Tribunal)

- Deuxièmement, OSM est rendue coupable de graves violations liées à la continuité du service et à l'attention à l'utilisateur, le rapport concluant²⁴⁵ qu'

« Il ressort également de cette description que la détérioration du service a été soutenue, jusqu'à atteindre des niveaux annuels critiques ayant conduit à l'intervention, entre autres choses, *impliquant un manque d'attention portée aux réclamations techniques des usagers et un retard considérable de la solution apportée, avec une grave violation des objectifs de l'Annexe III du Contrat de concession en termes de délais de réponse* ». (Traduction du Tribunal)

²⁴³ P. 76.

²⁴⁴ P. 37-38.

²⁴⁵ P. 43 ; en italique dans l'original.

- Troisièmement, il est estimé qu'OSM a gravement violé le PEE ;
- Et enfin, il est supposé qu'OSM a commis des erreurs dans la réalisation de la gestion technico-opérationnelle²⁴⁶ :

« Une gestion inefficace et mal orientée conduit au non-respect des objectifs de l'Annexe III du (Contrat), et parallèlement à un manquement direct à l'art. 3.3.10 du Contrat de concession... En plus de tout ce qui précède, la dissimulation répétée de l'information pertinente relative à l'état de risque du système (IV.3.4.1) constitue une violation du devoir de coopération avec l'Organisme régulateur ». (Traduction du Tribunal)

Audition

203. L'Audit général est toutefois coupable d'un grave défaut de procédure : le rapport, dont l'objectif, rappelons-le, est de mettre en cause la conduite de Sauri en tant que principal actionnaire et opérateur technique de la concession, a été rendu sans aucune audition, ni d'OSM ni de Sauri (ni directement ni via l'une quelconque de leurs sociétés associées). Lors de l'élaboration du rapport, ses rédacteurs n'ont jamais écouté les arguments de Sauri, Sauri ne s'est jamais vu remettre un avant-projet afin qu'elle puisse faire part de ses commentaires, et Sauri n'a eu connaissance de son contenu qu'au travers du site Web de l'EPAS²⁴⁷.
204. L'ingénieur Puliafito, Coordinateur général de l'Audit général, a comparu comme témoin lors de l'Audience et a confirmé qu'à aucun moment il n'avait eu de contact avec Sauri ou AdM, et qu'avant de publier l'audit, à aucun moment il ne l'avait mis à disposition de ces entreprises²⁴⁸.
205. Sauri a interjeté appel contre la décision de résiliation du Contrat de concession prise par le Gouverneur²⁴⁹, appel dont la procédure suit actuellement son cours²⁵⁰.

20. LIQUIDATION D'OSM

206. Après résiliation effective du Contrat de concession le 27 septembre 2010, l'administrateur judiciaire a convoqué une Assemblée générale extraordinaire des actionnaires d'OSM le 1er octobre de la même année²⁵¹. Étant donné qu'il s'agit d'une société à objet unique (l'exploitation de la Concession) et dans la mesure où il a été décidé de la résiliation du Contrat qui constituait son unique objet, la société s'est trouvée confrontée à un processus de dissolution. Lors de la tenue de l'Assemblée qui réunissait tous les actionnaires, y compris les

²⁴⁶ P. 68.

²⁴⁷ Réplique, paragr. 180.

²⁴⁸ Transcriptions, Audience jour 3, p. 687 : ll. 18 et s. ; et p. 690 : II. 22 et s.

²⁴⁹ Doc. S 800.

²⁵⁰ Réplique, paragr. 183.

²⁵¹ Doc. S 871.

représentants de Sauri et de la Province, toujours actionnaire minoritaire de la société, il a été décidé à l'unanimité de dissoudre la société et d'en désigner les liquidateurs²⁵².

207. Ainsi débuta le processus de liquidation, encore en cours actuellement, dont l'objectif est de permettre à OSM de vendre l'ensemble de ses biens et droits, et de satisfaire à toutes ses obligations. Privée du Contrat de concession qui constituait son objet, les créances qu'elle détient sur ses clients, contractées avant la date de résiliation et non encore recouvrées, constituent le seul actif réalisable dont elle dispose. Étant donné qu'OSM a cessé de fournir des services aux débiteurs de ces créances, et qu'elle ne peut menacer de couper l'approvisionnement, le recouvrement intégral de ces créances reste douteux. Avec les sommes qu'elle parviendra à recouvrer, OSM devra s'acquitter des dettes contractées jusqu'à la date de résiliation, dettes encourues alors que la gestion d'OSM était assurée par l'administrateur judiciaire. La Défenderesse n'a pas avancé (et encore moins prouvé) qu'elle s'attendait de quelque façon que ce soit à ce que les actionnaires puissent percevoir une quantité significative suite au processus de liquidation ; par conséquent, le Tribunal arbitral partira de l'hypothèse selon laquelle Sauri ne recevra jamais une quelconque somme²⁵³.
208. Un autre problème réside dans le fait que les comptes annuels d'OSM au 31 décembre 2009 n'aient pas été approuvés par les actionnaires. La raison alléguée est que l'administrateur judiciaire, quelques jours avant d'achever sa mission, avait modifié le projet de comptes annuels afin d'introduire des coûts et provisions supplémentaires pour un montant total de 130 M \$²⁵⁴. Après la fin de l'intervention, les liquidateurs ont suspendu la modification introduite par l'administrateur judiciaire²⁵⁵, dans l'attente de l'adoption de l'accord opportun, chose dont il n'est pas fait état dans le dossier.

21. GESTION DE LA CONCESSION SUITE A LA RESILIATION DU CONTRAT

209. Suite à la résiliation du Contrat de concession, une société publique, contrôlée par la Province de Mendoza, a pris en charge le service public d'approvisionnement en eau potable et d'assainissement dans la zone concédée à OSM : il s'agit d'Agua y Saneamiento de Mendoza, Société anonyme avec participation publique majoritaire (« Aysam »), société publique qui avait déjà été créée par le Décret n° 1.737 du 30 juillet 2010²⁵⁶. Cette société a pris en charge la Concession et a continué à rendre les mêmes services fournis par OSM, à la différence notable que dès le jour où elle en a pris possession, la tarification a été augmentée de 37 % par rapport à celle perçue par OSM.

²⁵² Doc. S 785 ; Sauri a émis les réserves et manifestations opportunes quant à la légalité de la résiliation.

²⁵³ Si Sauri reçoit une quelconque somme, elle devra être déduite de l'indemnisation due en raison de cette procédure, afin d'éviter un enrichissement sans cause.

²⁵⁴ Acte du Directoire du 20 septembre 2010, Doc. S 777.

²⁵⁵ Par accord du 8 novembre 2010, Doc. S 787.

²⁵⁶ Doc. S 764.

210. Une question qui mérite une grande attention dans le cadre du présent arbitrage est de savoir comment Aysam a assuré la gestion du service qui lui a été confié. A-t-elle été confrontée aux mêmes difficultés qu'OSM ? Ou a-t-elle généré un excédent qui lui a permis de résorber le déficit d'investissements imputé à OSM ?

Lettre adressée au Parlement

211. Il existe un document officiel, élaboré par Aysam même, qui éclaire sur la manière dont elle a assuré la gestion des services d'eau potable et d'égouts. Il s'agit d'une lettre officielle, envoyée par Aysam en janvier 2011, sur demande du Pouvoir législatif, au Parlement provincial²⁵⁷. Dans cette missive, Aysam donne une description véridique et objective de la situation dans laquelle se trouve la nouvelle entreprise concessionnaire :

- Les revenus d'Aysam sont représentés par les paiements réalisés par les usagers de l'eau et de l'assainissement à partir du jour où la société a pris en charge le service, soit le 28 septembre 2010. Le recouvrement a été faible lors du dernier bimestre de 2010, dans la mesure où il existe un écart entre la provision et le paiement du service, mais la société prévoit d'atteindre des niveaux normaux à partir de janvier 2011 ;
- Conformément au projet de budget de 2011, « le recouvrement d'Aysam ne permet pas d'autofinancer les dépenses opérationnelles » (traduction du Tribunal). En d'autres termes, Aysam reconnaît au Pouvoir législatif qu'en dépit du fait que la tarification appliquée au cours de l'exercice 2011 ait augmentée de 37 % par rapport à celle d'OSM, les revenus dont elle disposera en 2011 ne seront même pas suffisants afin de s'acquitter de ses dépenses opérationnelles ;
- Aysam prévoit que le « déficit de liquidité opérationnelle annuel pour l'année 2011 s'élèvera à 43 370 000 \$ » (traduction du Tribunal) ;
- La société prévoit également que ce déficit devra être compensé avec des fonds de subvention fournis par la Province au cours des années 2011 et 2012, et ajoute ce qui suit : « ce fonds sera décroissant au fur et à mesure de la mise en place d'augmentations tarifaires parvenant à équilibrer les dépenses opérationnelles et les revenus provenant des tarifs imposés ». Aysam prévoit ainsi que l'obtention d'un niveau de revenus permettant de s'acquitter des dépenses opérationnelles ne pourra être atteint que si de nouvelles augmentations tarifaires sont décidées ;
- Les travaux d'amélioration devant être réalisés sont détaillés dans un projet de loi soumis au Parlement et devront être financés par des fonds publics.

212. La lettre envoyée par Aysam au Pouvoir législatif début 2011 est sans équivoque quant à l'insuffisance du tarif concédé par les Autorités provinciales à OSM pour le financement des services d'eau et d'assainissement qui, même avec l'augmentation de 37 % convenue suite à la résiliation du Contrat de concession, ne permet pas de couvrir les dépenses opérationnelles de la Concession. Si le recouvrement des fonds ne permettait même pas de couvrir les dépenses

²⁵⁷ Doc. S 770.

opérationnelles, il est évident qu'OSM n'a jamais disposé de la capacité financière suffisante pour réaliser des investissements, à moins qu'une tierce partie n'ait été disposée à apporter les fonds requis.

22. RESUME

213. L'investissement de Sauri et des autres membres du consortium dans OSM, l'Entreprise concessionnaire de l'eau potable et de l'assainissement dans la Province de Mendoza, a été maintenu pendant 11 ans. Cette longue période peut être divisée en trois grandes étapes :

22.1. Première étape : de 1998 jusqu'aux Lois d'urgence

214. Le début de la première étape coïncide avec l'octroi du Contrat de concession en 1998. Elle s'est prolongée jusqu'en 2002 et la promulgation des Lois d'urgence.

215. Quand en 1998 la Province a mis en place l'appel d'offres de la Concession, elle l'a fait de telle façon que des 150 M \$ versés par le consortium lauréat, avec à sa tête Sauri, 132 M \$ sont revenus à la Province et seuls 18 M \$ sont tombés dans les caisses d'OSM. Le PEE joint au Contrat prévoyait, bien qu'uniquement à titre de référence, que l'Entreprise concessionnaire devrait réaliser des investissements d'un montant de 336 M \$ jusqu'à 2020. Étant donné que ni Sauri ni les autres membres du consortium ne devaient s'engager à apporter de nouveaux fonds à OSM, les investissements devaient alors être financés au travers du tarif payé par les usagers.

216. Lors des trois années de la première étape, OSM a assuré la gestion de la Concession sans contre-temps notable, générant une modeste plus-value et atteignant, dans une large mesure, les Objectifs quantitatifs imposés par le Contrat. Toutefois, au cours de cette étape, des tensions avec l'EPAS sont apparues. La principale faisait référence à l'obligation d'investissement : alors que selon l'interprétation du Contrat d'OSM, seuls les Objectifs quantitatifs devaient être atteints et non un volume déterminé d'investissement, le superviseur soutenait lui que les investissements « à titre de référence » individualisés de l'Annexe III du PEE (d'un montant de 336 M \$) avaient force obligatoire²⁵⁸.

22.2. Seconde étape : des Lois d'urgence au Second Protocole d'entente

217. Début 2002, la République argentine a déclaré l'état d'urgence économique qui a conduit *ope legis*, entre autres, à la renégociation de l'ensemble des Contrats d'ouvrages et de services publics, y compris le Contrat de concession. La renégociation entre OSM et la Province s'est révélée ardue. Elle s'est étalée sur cinq ans et a pris fin en mai 2007 par la conclusion du second Protocole d'entente. Lors de ce quinquennat, la tarification approuvée en 1991 (avec une légère adaptation d'ordre fiscal) est restée en vigueur en dépit du fait qu'OSM ait présenté à maintes reprises des demandes d'augmentation et ait alerté de la dégradation du service. Au

²⁵⁸ Sur la correcte interprétation du Contrat, voir paragr. 44 - 46 *supra*.

cours de cette période, les pertes d'OSM se sont accumulées, les investissements ont diminué, les infrastructures se sont dégradées et la qualité du service en a clairement pâti.

218. Les parties, dont la bonne foi n'est pas mise en cause, ont tenté de mettre fin à cette période de difficultés et de troubles par la conclusion du second Protocole d'entente, large accord financier, qui semblait résoudre toutes les divergences entre les parties :
- la tarification a été augmentée de 19,7 % ;
 - il a été convenu d'une méthodologie pour les futures révisions tarifaires par modification des coûts ;
 - le différend relatif au caractère contraignant des investissements a été réglé, le Concessionnaire s'engageant à atteindre certains niveaux annuels minimaux d'investissement.

22.3. Troisième étape : du second Protocole d'entente à l'intervention et la résiliation du Contrat

219. Malgré la conclusion du second Protocole d'entente, qui semblait mettre un point final aux différends entre OSM et les Autorités provinciales, la situation s'est en fait aggravée.
220. Premièrement, l'entrée en vigueur du second Protocole d'entente a été retardée presque d'un an, jusqu'en mars 2008, pour des raisons bureaucratiques et politiques imputables à la Province. Au cours de cette période, la tarification de 1991 a été maintenue en vigueur et la dégradation de la situation d'OSM s'est poursuivie.
221. Deuxièmement, en avril 2008, quelques jours après l'entrée en vigueur du Protocole, OSM a présenté une demande de révision tarifaire par augmentation des coûts. Selon les dispositions convenues dans le Protocole, l'EPAS devait publier un rapport préalable, dans un délai péremptoire de 30 jours, et le soumettre par la suite au Pouvoir exécutif provincial, qui sera en définitive l'organe chargé de décréter la nouvelle tarification. En totale violation de ce qui avait été convenu, l'EPAS a retardé le processus de révision, qui s'est ainsi étalé sur près d'un an. Enfin, en février 2009, l'EPAS a approuvé le rapport interne prévu dans le second Protocole, qui reconnaissait que la demande d'OSM était fondée et que la tarification devait augmenter de 51,91 %. Malgré cette conclusion, l'EPAS a continué pendant des mois à refuser de proposer au Pouvoir exécutif une augmentation tarifaire, la révision ne pouvant voir le jour sans cette proposition. La proposition d'augmentation tarifaire a été repoussée encore six mois, un comportement incompréhensible dans la mesure où l'EPAS avait pleinement conscience de l'étranglement financier d'OSM et de la détérioration progressive du service, en situation de quasi-effondrement. C'est finalement le 3 août 2009 que le Directoire de l'EPAS a soumis le rapport au Pouvoir exécutif. Il est judicieux de souligner que lors de cette même réunion, le Directoire a également proposé au Gouverneur d'intervenir auprès

d'OSM. Le Gouverneur a réagi le jour même en autorisant l'intervention et en décrétant une augmentation tarifaire de 37 %²⁵⁹

222. Troisièmement, le blocage de la révision tarifaire d'avril 2008 à août 2009, en violation du second Protocole, a laissé OSM dans une situation d'étranglement financier, avec des revenus bloqués et certains coûts touchés par de fortes augmentations. OSM a respecté les obligations d'investissement prévues par le second Protocole, et a seulement manqué à son engagement à ne pas affecter plus de 15 % du montant total des investissements aux biens d'équipement.
223. L'absence de fonds a pourtant contraint OSM à manquer à deux obligations de paiement prévues dans le second Protocole : l'obligation de paiement de la redevance et l'obligation de remboursement du prêt accordé par ENHOSA. OSM, après la signature du second Protocole, ne s'est pas non plus acquittée des impôts provinciaux dus de par son activité. Le manque de fonds d'OSM a été accentué en raison non seulement du non-respect par la Province de son obligation de réviser la tarification dans les délais impartis et selon la méthodologie convenue, mais également parce que cette dernière n'a pas versé les subventions aux retraités et aux personnes défavorisées correspondant à trois exercices.
224. Le second Protocole d'entente n'a ainsi pas conduit à un compromis, mais au contraire les conflits se sont amplifiés, la dégradation de l'Entreprise concessionnaire et le risque d'effondrement se sont précisés, et le 3 août 2009, le Gouverneur a pris la décision d'intervenir auprès d'OSM, a écarté Sauri et les autres associés de la gestion et de l'administration de la société, et a confié tous les pouvoirs à un administrateur judiciaire déjà désigné par le Pouvoir exécutif. Enfin, le Gouverneur a pris les mesures définitives et décrété la résiliation du Contrat de concession pour faute d'OSM, a privé cette dernière de la Concession et l'a confiée à Aysam, entreprise publique nouvellement constituée. Ces mesures ont pris effet le 27 septembre 2010. OSM, privée de son unique actif, est entrée dans un processus de liquidation, et il y a peu de raisons d'espérer que ses associés perçoivent un quelconque montant suite au dit processus. En définitive, les membres du consortium, qui avaient investi 150 M \$ pour la concession des eaux de la Province de Mendoza, ont pu constaté qu'après 11 années de vicissitudes, leur investissement avait été réduit à néant.

22.4. Coda

225. Un élément à prendre en compte pour une juste évaluation des faits est l'analyse du succès ou de l'échec de la gestion prise en charge par Aysam, successeur d'OSM. On devait en principe s'attendre à ce que le nouveau concessionnaire, contrôlé par la Province, bénéficie d'une situation plus apaisée, dans la mesure où il a bénéficié d'une augmentation tarifaire de 37 % décrétée par le Gouverneur au moment de l'intervention.
226. Cependant, la réalité est toute autre.
227. Aysam a reconnu officiellement dans une lettre adressée au Parlement provincial que la nouvelle tarification est insuffisante même pour autofinancer les dépenses opérationnelles de

²⁵⁹ Il s'agit du pourcentage le plus bas proposé par l'EPAS.

la concession, et prévoit un déficit opérationnel de 43 M \$ pour l'exercice 2011, qui devra être couvert par des subventions de la Province. Aysam prédit que le déficit, bien que moins important, se maintiendra en 2012.

228. Cette reconnaissance de la part d'Aysam constitue la « preuve par neuf », qui démontre sans l'ombre d'un doute que la tarification reconnue à OSM (inférieure de 37 % à celle accordée au nouveau concessionnaire) ne pouvait même pas permettre de couvrir les dépenses opérationnelles du service. C'est l'étranglement financier provoqué par une tarification en tout point insuffisante qui a empêché la bonne gestion de la concession par OSM. L'EPAS et la Province, en bloquant ou en reportant à maintes reprises les révisions tarifaires légitimes sollicitées de façon insistante par l'Entreprise concessionnaire, ont contraint OSM à une réduction des dépenses d'entretien, à une insuffisance de l'investissement, à une réduction de la qualité du service, en un mot à une gestion fondée sur la survie, qui a laissé la Concession dans une situation que le pouvoir concédant a prétendu résoudre dans un premier temps en intervenant auprès de l'Entreprise concessionnaire, puis en résiliant le Contrat de concession afin de le confier à une autre entreprise publique. Situation que le pouvoir concédant a prétendu résoudre dans un premier temps en intervenant auprès de l'Entreprise concessionnaire, puis en résiliant le Contrat de concession afin de le confier à une autre entreprise publique.

III. PRETENTIONS DES PARTIES

229. La Demanderesse demande au Tribunal arbitral dans la conclusion de sa Demande²⁶⁰ qu'il rende une sentence prenant les décisions suivantes :

« [J]oindre l'ensemble des demandes de SAURI ;

juger que la République argentine a exproprié SAURI de son investissement ;

juger que la République argentine n'a pas assuré à l'investissement de SAURI un traitement juste et équitable, ni une protection et une sécurité pleines et entières ;

condamner, au titre de l'expropriation, la République argentine à indemniser SAURI d'un montant de 143,9 millions USD ;

À titre subsidiaire, si le Tribunal devait décider qu'il n'y a pas expropriation,

condamner, au titre de la violation des obligations de traitement juste et équitable et de protection et de sécurité pleines et entières, la République argentine à indemniser SAURI d'un montant de 143,9 millions USD ;

condamner la République argentine à rembourser tous les frais et honoraires encourus par SAURI pour la préparation et poursuite de la présente instance d'arbitrage, y compris les frais et honoraires des arbitres, conseils, d'experts et les frais administratifs du CIRDI ;

appliquer des intérêts composés sur l'ensemble des sommes octroyées au taux jugé approprié et pour la période jugée appropriée ;

octroyer toute autre mesure que le Tribunal arbitral estimera nécessaire ».

230. Dans sa Réplique²⁶¹, la Demanderesse présente les prétentions suivantes :

« [J]uger que la République argentine a exproprié SAUR International de son investissement ;

juger que la République argentine n'a pas assuré à l'investissement de SAUR International un traitement juste et équitable, ni une protection et une sécurité pleines et entières ;

condamner la République argentine à indemniser SAUR International d'un montant de 143,9 millions USD, actualisé à partir du 3 août 2009 jusqu'à la date de la sentence par l'application d'intérêts composés au taux Libor + 2 % ;

condamner la République argentine à rembourser tous les frais et honoraires encourus par SAUR International pour la préparation et poursuite de la présente instance d'arbitrage, y

²⁶⁰ Paragr. 311.

²⁶¹ Paragr. 386.

compris les frais et honoraires des arbitres, conseils, d'experts et les frais administratifs du CIRDI ;

appliquer des intérêts composés sur l'ensemble des sommes octroyées au taux Libor + 2 % et pour la période comprise entre la date de la sentence et celle du parfait paiement ;

octroyer toute autre mesure que le Tribunal arbitral estimera nécessaire ».

231. La Défenderesse demande au Tribunal arbitral dans la conclusion de sa Réponse²⁶² que :

« il déclare le présent Mémoire en réponse présenté en temps voulu et selon la forme requise :

il soit déclaré que la présente réclamation est irrecevable, que le Tribunal n'est pas compétent, et que cette affaire ne relève pas de la compétence du CIRDI; et

dans l'alternative, il soit rejeté dans sa totalité la réclamation de la Demanderesse contre la République argentine, pour les motifs sur le fond précédemment exposés, à ses dépens ». (Traduction du Tribunal)

232. Dans la Duplique, la Défenderesse présente les prétentions suivantes²⁶³ :

« Qu'il soit déclaré que le Tribunal n'est pas compétent et que la présente réclamation ne relève pas de la compétence du CIRDI ;

subsidiairement, qu'il soit rejeté toutes les prétentions de la Demanderesse ; et

que la Demanderesse soit ordonnée de s'acquitter de toutes les dépenses et tous les frais engagés lors de cette procédure arbitrale ». (Traduction du Tribunal)

²⁶² Paragr. 935.

²⁶³ Paragr. 619.

IV. EXCEPTIONS PREALABLES PRESENTEES PAR LA REPUBLIQUE ARGENTINE

233. Dans son Mémoire en réponse, la République argentine a soulevé deux exceptions préalables, l'une pour incompétence du Tribunal et du Centre (*infra* 1) et la seconde pour irrecevabilité de la demande (*infra* 2). La Demanderesse s'est opposée à la recevabilité des deux exceptions.
234. Les exceptions que l'Argentine a soulevées dans sa Défense s'ajoutent à celles soulevées au début de la présente procédure, qui ont déjà été rejetées par le Tribunal dans sa Décision sur la compétence²⁶⁴. Dans cette décision, le Tribunal a rejeté quatre arguments présentés par la République argentine dans le but de s'opposer à la compétence du CIRDI et du Tribunal. La Défenderesse alléguait :
- l'absence de légitimation active (*ius standi*) de SAURI, qui n'était qu'un associé d'OSM (unique titulaire de l'*ius standi*) ;
 - que le différend soumis au Tribunal ne satisfaisait pas aux exigences établies à l'article 25.1 du CIRDI ;
 - que le différend soumis au Tribunal ne constituait pas un différend relatif à un investissement en application de l'article 8 de l'APRI ;
 - que les parties avaient convenues de la juridiction des tribunaux de la Province de Mendoza afin d'interpréter et d'exécuter le Contrat de concession.
235. Le 27 février 2006, le Tribunal d'arbitrage a décidé à l'unanimité que le différend présenté par la Demanderesse relevait de la compétence du Centre et du Tribunal .

²⁶⁴ SAUR International c. République argentine, Affaire CIRDI N° ARB/04/4, Sentence arbitrale du 27 février 2006.

1. L'EXCEPTION D'INCOMPETENCE DU TRIBUNAL ET DE JURIDICTION DU CENTRE

1.1. Position des Parties

236. La Défenderesse commence ses allégations en signalant que l'APRI limite les obligations des parties à celles d'admettre et d'encourager les investissements des investisseurs qui agissent « dans le cadre de la législation »²⁶⁵ (traduction du Tribunal). Elle souligne qu'OSM n'a pas respecté la législation en vigueur en République argentine en adoptant de façon réitérée des comportements frauduleux qui ont été détectés par la Province après l'intervention administrative auprès d'OSM. La Défenderesse accuse la Demanderesse d'avoir indûment retiré d'OSM des millions de pesos, en volant les autres actionnaires, les travailleurs et les pouvoirs publics²⁶⁶. Les accusations ont été détectées par un audit de l'UNC, ont été dénoncées auprès des tribunaux compétents en juin 2010 et font actuellement l'objet d'une enquête menée par la justice ordinaire de la Province de Mendoza.
237. Pour l'essentiel, la fraude alléguée a été réalisée au travers d'un compte bancaire spécial ouvert à la Banque régionale de Cuyo, par l'intermédiaire duquel une somme de 21 450 908 \$ au titre d'honoraires de personnel spécialisé, ainsi qu'une somme de 731 374 \$ pour annulation de factures émises par AdM au titre de frais pour le compte et sur ordre d'OSM²⁶⁷ ont été transférées à AdM. Ces sommes ont eu un impact important sur le résultat annuel d'OSM, dans un pourcentage supérieur à 30 % de la rentabilité annuelle de la société²⁶⁸. La République argentine nie le fait que lesdits paiements, de par leurs montants, puissent avoir eu comme finalité celle de rémunérer le personnel expatrié de Sauri. En outre, elle souligne que ces paiements ont été soigneusement occultés, notamment à la Province, ce qui mettrait en évidence la mauvaise foi de la Demanderesse²⁶⁹.
238. Du point de vue juridique, la Défenderesse allègue qu'il existe un principe général selon lequel les actifs étrangers que l'on prétend protéger à l'aide d'un APRI doivent avoir été investis et appliqués conformément à la législation en vigueur dans l'État hôte. Elle fonde son argument sur une série de sentences rendues par des tribunaux arbitraux en matière d'arbitrage d'investissement, parmi lesquels figurent *Desert Line*²⁷⁰, *Fraport*²⁷¹, *Phoenix*²⁷²,

²⁶⁵ Réponse, paragr. 45.

²⁶⁶ Réponse, paragr. 48.

²⁶⁷ Réponse, paragr. 51.

²⁶⁸ Réponse, paragr. 58.

²⁶⁹ Conclusions finales, transcription p. 1350.

²⁷⁰ *Desert Line Projects LLC c. Yémen*, Affaire CIRDI n° ARB/05/17, Sentence arbitrale du 6 février 2008, (Doc. AL RA 27).

²⁷¹ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines*, Affaire CIRDI n° ARB/03/25, Sentence arbitrale du 16 août 2007 (Doc. AL RA 28).

²⁷² *Phoenix Action c. République tchèque*, Affaire CIRDI n° ARB/06/5, Sentence arbitrale du 15 avril 2009 (Doc. AL RA 29).

*Inceysa*²⁷³, *Tokios Tokelès*²⁷⁴ et conclut que prétendre que l'APRI protège une opération réalisée en contournant délibérément la loi pendant sept ans est une offense à l'État dont la législation a été violée, que ceci attaque les principes généraux de droit et le bon sens lui-même²⁷⁵. Par conséquent, l'investissement de Sauri ne serait pas protégé par le Traité et, dès lors, le Tribunal ne serait pas compétent pour trancher le présent litige.

239. La Demanderesse rejette catégoriquement l'exception soulevée par la Défenderesse. Elle commence ses allégations en rappelant le texte de l'art. 2 de l'APRI, qui constitue la norme sur laquelle la République s'appuie pour justifier l'exception de juridiction et qui est rédigé comme suit :

« Chacune des Parties contractantes admet et encourage, dans le cadre de sa législation et des dispositions du présent Accord, les investissements effectués par les investisseurs de l'autre Partie sur son territoire et dans sa zone maritime. »

240. La Demanderesse explique que l'art. 2 de l'APRI, interprété de manière littérale comme l'ordonne la Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969 [la « Convention de Vienne »], exige que les États remplissent leur obligation d'admettre et d'encourager les investissements « dans le cadre de leur législation » ; cette exigence s'applique par conséquent aux États et non pas aux investisseurs. Sur ce point, le texte de l'APRI France - Argentine est très différent de ceux des APRI conclus entre les Pays-Bas et la Turquie et entre l'Ukraine et la Lituanie, qui ont servi de base aux sentences arbitrales *Saba Fakes*²⁷⁶ et *Tokios Tokelès*²⁷⁷.
241. Deuxièmement, la Demanderesse allègue que lorsqu'un APRI impose une condition de légalité à l'investissement, la violation de la légalité, pour priver le tribunal de juridiction, doit avoir été commise par l'investisseur lors de la réalisation de son investissement. Pour appuyer cette thèse, Sauri cite la sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Fraport*²⁷⁸. De plus, cette illégalité doit supposer une violation substantielle de l'ordre juridique du pays d'accueil car autrement, l'inapplication du traité n'est pas justifiée. Selon la Demanderesse, c'est ce qui ressort des sentences arbitrales dans les affaires *Rumeli*²⁷⁹ et *Saba Fakes*. En résumé, Sauri

²⁷³ *Inceysa Vallisoletana SL c. Le Salvador*, Affaire CIRDI n°. ARB/03/26, Sentence arbitrale du 2 août 2006 (Doc. AL RA 33).

²⁷⁴ *Tokios Tokelès c. Ukraine*, Affaire CIRDI n° ARB/02/18, Décision relative à la juridiction du 29 avril 2005 (Doc. AL RA 34).

²⁷⁵ Réponse, paragr. 74.

²⁷⁶ *M. Saba Fakes c. République de Turquie*, Affaire CIRDI n° ARB/07/20, Sentence arbitrale du 14 juillet 2010 (Doc. ASL 95).

²⁷⁷ Réplique, paragr. 212.

²⁷⁸ Réplique, paragr. 215.

²⁷⁹ *Rumeli c. Kazakhstan*, affaire CIRDI n° ARB/05/16, Sentence arbitrale du 29 juillet 2008 (Doc. ASL 52).

estime que l'illégalité de l'investissement s'apprécie au moment de sa réalisation et qu'elle doit être substantielle – ce qui ne serait pas le cas en l'espèce²⁸⁰.

242. En ce qui concerne les faits concrets allégués par la République argentine, Sauri nie qu'il y ait eu une quelconque appropriation indue de fonds. Elle affirme que le transfert des contrats de travail des expatriés d'OSM à AdM avait pour objectif de réduire les frais supportés par OSM au titre de la rémunération du Personnel spécialisé prévu dans le Contrat d'assistance technique et déclare que la structure a été conçue et mise en œuvre après obtention des avis juridiques qui en confirmaient la légalité²⁸¹.

1.2. Décision du Tribunal arbitral

243. Pour l'essentiel, la République argentine allègue que Sauri aurait ordonné, en 2002, la création d'un mécanisme secret de paiement entre OSM et AdM (une société argentine filiale à 100 % de Sauri), ledit mécanisme ayant permis à l'entreprise française de s'approprier illégalement d'une somme de 22 M \$ en escroquant les autres associés d'OSM et en violant la législation sociale, comptable et sociétaire argentine. La fraude aurait été commise en créant un compte secret au nom d'OSM, dont seuls pouvaient disposer conjointement le comptable Anta (un comptable externe prestataire d'OSM) et le président d'OSM, et au moyen duquel de fausses factures auraient été réglées à AdM. Ces factures auraient prétendu correspondre à des rémunérations dues au Personnel spécialisé détaché par Sauri à Mendoza mais auraient été en réalité grossièrement enflées pour dissimuler le versement d'un dividende secret à Sauri.
244. Sauri nie radicalement avoir commis une quelconque irrégularité et affirme que tous les paiements étaient destinés à la rémunération du Personnel spécialisé.
245. Les accusations proférées par la Province d'abord, et par la République, ensuite, sont extraordinairement graves car, si elles étaient vraies, elles impliqueraient que le comportement de Sauri a été profondément déloyal. Alors que, d'une part, Sauri affirmait qu'OSM était dans une situation de déséquilibre économique, que l'Entreprise concessionnaire subissait des pertes chaque année et que le tarif concédé par la Province était totalement insuffisant pour maintenir l'équilibre financier du service, l'investisseur aurait été en train, subrepticement et sans que la Province (son associée à hauteur de 20 % dans OSM) ni le régulateur ne le sachent, de saigner l'Entreprise concessionnaire et de s'approprier frauduleusement de l'argent qui ne lui revenait pas.
246. Afin de répondre à ces accusations, le Tribunal éclaircira en premier lieu les faits (*infra* A) puis appliquera le droit aux faits démontrés (*infra* B).

²⁸⁰ Réplique, paragr. 219.

²⁸¹ Réplique, paragr. 222.

A) Faits

247. La première tâche du Tribunal consiste donc à déterminer avec précision la manière dont les faits se sont produits. Pour ce faire, le Tribunal s'appuiera en particulier sur l'enquête judiciaire menée à partir de la plainte déposée le 1er juillet 2010 par l'administrateur judiciaire d'OSM. La plainte a donné lieu à l'ouverture d'une procédure pénale, au cours de laquelle un Expert judiciaire, M. Óscar Martín²⁸², a été nommé avec pour mission d'enquêter sur la comptabilité d'OSM, et a émis un rapport détaillé le 9 juin 2011²⁸³. Prenant comme point de départ ledit rapport d'expertise, quelques mois après, le 4 octobre 2011, le procureur qui instruisait l'affaire, le Dr Santiago Garay, a préparé un second rapport et, n'ayant pas trouvé d'indices d'actes délictueux²⁸⁴, a ordonné le classement de l'affaire.
248. La décision du procureur n'a pas entraîné la clôture définitive de la procédure pénale car l'avocat de la Province de Mendoza s'y est opposé et a interjeté appel devant le Tribunal de Garanties (Juzgado de Garantías) qui, dans sa décision du 1er novembre 2011, s'est montré en désaccord avec celle du procureur et a porté l'affaire devant son supérieur hiérarchique, Mme le Procureur de la Chambre. Les pièces versées au dossier ne disent pas quelle a été la décision de Mme le Procureur de la Chambre. Quelle que soit cette décision, les rapports de l'expert judiciaire et du procureur offrent une pléthore de données et d'évaluations qui seront très utiles au Tribunal pour analyser les faits.

A.1. Les contrats

249. Tant le Contrat de concession que le Contrat d'assistance technique incluait une minutieuse réglementation du Personnel spécialisé.
250. L'article 2.7 du Contrat de concession définit la figure du Personnel spécialisé en stipulant que Sauri, en qualité d'Opérateur technique, « pourra détacher auprès de l'entreprise OSM S.A. le personnel spécialisé nécessaire pour exécuter les tâches de gestion et/ou opérationnelles ». Le Contrat ajoutait que :

« le Personnel spécialisé proposé par l'Opérateur technique du Concessionnaire constitue un des moyens par lesquels celui-ci devra remplir les obligations lui incombant ».
(Traduction du Tribunal)

251. La définition contenue dans le Contrat de concession a été précisée dans le Contrat d'assistance technique conclu entre OSM et Sauri, dans lequel Sauri assumait les obligations d'Opérateur technique de la Concession, et dont la clause 2.2. contient l'obligation suivante à la charge de Sauri :

²⁸² Conformément à la législation procédurale argentine, l'expert judiciaire a effectué son travail accompagné de deux experts désignés par les parties, qui ont formulé certaines observations dans le rapport d'expertise lui-même.

²⁸³ Doc. S 879.

²⁸⁴ Doc. S 880.

« s'engage à mettre à la disposition d'OSM du Personnel spécialisé pour honorer les obligations assumées, auxquelles ledit Personnel devra se consacrer de manière exclusive ». (Traduction du Tribunal)

252. La clause 2.2.4 du Contrat d'assistance régissait également le régime économique du Personnel spécialisé :

« les parties conviendront des termes, des conditions et des modalités selon lesquels les personnes mentionnées collaboreront avec OSM, à la charge de qui seront toutes les rémunérations, charges, impôts et tout autre concept à la charge de l'employeur en vertu de la législation en vigueur, que l'employeur soit tenu de régler pour lesdites personnes »²⁸⁵. (Traduction du Tribunal)

253. En résumé : le Contrat de concession définissait la figure du Personnel spécialisé et le Contrat d'assistance technique créait l'obligation pour SAURI de fournir ce Personnel à OSM ; ce Personnel devait posséder « l'aptitude technique et l'expérience nécessaire pour l'exercice de ses fonctions »²⁸⁶ (traduction du Tribunal). Et OSM, à son tour, a pris en charge toutes les rémunérations, les charges et les impôts à échoir en faveur des employés de Sauri détachés à Mendoza.

A.2. Mécanisme de paiement institué en 2002

254. Pour honorer cet engagement, Sauri a envoyé cinq employés expatriés dont la rémunération et les autres droits ont été fixés conformément aux *Conditions générales d'expatriation* du groupe²⁸⁷. Ces conditions générales prévoyaient un salaire fixe chiffré en euros, versé en 13,3 mensualités, plus diverses primes et compléments, ainsi que le remboursement d'impôts et de frais afin de compenser l'expatriation²⁸⁸.

255. Les premières années du Contrat, la rémunération des expatriés a été directement versée par OSM mais, au mois d'avril 2002, en pleine situation d'urgence économique, le régime a été modifié. Le Personnel spécialisé qui, à cette date, était détaché à Mendoza²⁸⁹ a continué à exercer ses fonctions chez OSM mais non plus comme employés d'OSM, sinon comme dirigeants d'AdM, la filiale de Sauri en Argentine. AdM a commencé à verser directement les

²⁸⁵ La Défenderesse a soulevé une question sur l'interprétation de cette clause (Dr. Gosis, transcription, p. 823) ; selon elle, le Contrat n'imposait pas l'obligation pour OSM de payer les frais dépensés par le Personnel spécialisé ; l'interprétation avancée par la Défenderesse semble correcte car en espagnol, « a cargo de » est précédé d'une virgule et le mot « quién » est accentué, ce qui indiquerait une forme interrogative. Cependant, cette interprétation ne change pas la réalité : OSM et Sauri ont convenu que le Personnel spécialisé serait payé par OSM, premièrement directement et ensuite au travers de la facturation d'AdM ; c'est ce que reflètent les comptes d'OSM dès le départ et la Province, qui était actionnaire d'OSM, devait savoir que le Personnel spécialisé avait été détaché et que sa rémunération était à la charge d'OSM.

²⁸⁶ Clause 2.2.2.

²⁸⁷ Accuracy II, paragr. 92.

²⁸⁸ Décrites en détails dans Accuracy II, paragr. 92-95.

²⁸⁹ MM. Alberdi, Calderero, Hertzog, Peltzer et Roques ; Rapport de l'expert judiciaire Oscar Martín [« Rapport Martín »] Doc. S 879, p. 8.

salaires et autres rémunérations du personnel expatrié et présentait, à son tour, tous les mois, deux factures à OSM pour prestations de services²⁹⁰ :

- l'une qui couvrait le coût salarial du Personnel spécialisé (avec la TVA), et
- l'autre par laquelle le reste des frais payés au dit personnel étaient facturés (exonérés ou non assujettis à la TVA).

256. En même temps que le Personnel spécialisé était transféré d'OSM à AdM, OSM décida de créer un mécanisme spécial de paiement. Ce mécanisme était conçu pour réaliser deux types de paiements :

- celui des factures d'AdM au titre de la rémunération du Personnel spécialisé et, de plus,
- le paiement des salaires du personnel de haute direction locale d'OSM.

257. Le mécanisme fonctionnait de la manière suivante : OSM virait chaque mois le montant global dû sur un compte spécial ouvert à la banque régionale del Cuyo, dont il n'était possible de disposer que sur ordre conjoint donné par le président d'OSM et le comptable Anta – un auditeur externe qu'OSM engagea pour exercer cette fonction²⁹¹. À partir de ce compte, ils effectuaient les virements des sommes dues à AdM pour le paiement conjoint des expatriés ainsi qu'aux hauts dirigeants locaux pour le paiement de leurs salaires individualisés.

258. Chez OSM, en interne, la décision de modifier le système de paiement du Personnel spécialisé a été officialisée par un « memorandum » que le président d'OSM a adressé au directeur général, M. Calderero, et au secrétaire général, en date du 27 mars 2002²⁹², dans lequel il était expressément fait état de ce que « la facturation proposée n'impliquait pas une dépense supérieure à la dépense actuelle pour le même concept » (traduction du Tribunal). Ce memorandum interne avait été précédé d'une lettre de Sauri, signée par son président, dans laquelle cette dernière proposait le changement du système de rémunération²⁹³.

259. Quelques mois auparavant, Sauri avait déjà demandé à un cabinet d'avocats, le cabinet Beccar Varela, d'étudier la légalité de la proposition de modification du système de rémunération du Personnel spécialisé. Le rapport émis par ledit cabinet, qui a été versé au dossier²⁹⁴, recommandait que les cinq dirigeants :

- donnent leur accord au transfert de leur contrat de travail d'OSM à AdM ;
- soient nommés directeurs d'AdM ;

²⁹⁰ Rapport Martín, p. 3.

²⁹¹ Rapport Martín, p. 3.

²⁹² Doc. S 729.

²⁹³ Doc. S 730.

²⁹⁴ Doc. S 815

- renoncent au régime de travailleurs salariés et, en conséquence,
 - soient soumis au régime de travailleurs indépendants.
260. Dans un rapport ultérieur, le cabinet Beccar Varela confirmait que le président d'OSM pouvait adopter la décision de modifier le système de facturation du Personnel spécialisé sans qu'il soit nécessaire que le Directoire la ratifie²⁹⁵.
261. La décision adoptée par Sauri en avril 2002 de modifier le système de rémunération du Personnel spécialisé détaché à Mendoza soulève trois questions dont l'analyse est fondamentale pour pouvoir déterminer si l'on se trouve ou non en présence d'agissements allant à l'encontre de la loi :
- la première question est de savoir si les sommes versées ont été correctement comptabilisées dans les livres d'OSM (*infra* A.3) ;
 - la deuxième est de savoir si la réalité a été occultée (*infra* A.4) ; et
 - la troisième est de savoir si les sommes payées correspondent réellement à la rémunération de Personnel spécialisé ou si les paiements ont été enflés et dissimulent des virements irréguliers au bénéfice de Sauri (*infra* A.5).

A.3. Première question : comptabilisation correcte des sommes payées

262. L'expert judiciaire M. Martín a analysé attentivement la comptabilisation des factures émises mensuellement par AdM au compte d'OSM. Tous les mois, deux factures étaient préparées, l'une pour les salaires des expatriés et l'autre, d'un montant très inférieur, qui couvrait les frais encourus. L'expert a vérifié que lesdites factures avaient été comptabilisées en totalité, qu'elles avaient été débitées du compte courant d'OSM et créditées sur le compte d'AdM,

« aucune irrégularité technique dans le processus ni duplicité dans l'enregistrement des factures vérifiées dans les échantillonnages sélectifs réalisés n'ayant été détectée »²⁹⁶.
(Traduction du Tribunal)

263. L'Expert a également constaté que des deux factures, celle qui concernait les salaires des expatriés était imputée au poste « salaires de base » et l'autre, qui couvrait les frais encourus, au poste « autres comptes de frais »²⁹⁷. Les deux postes se régularisent au travers du compte de pertes et de profits et, par conséquent, les états financiers annuels d'OSM ont toujours fidèlement reflété les coûts satisfaits au titre du détachement du Personnel spécialisé.

²⁹⁵ Doc. S. 817.

²⁹⁶ Rapport Martín, p. 5.

²⁹⁷ L'expert pense qu'il aurait été plus correct d'utiliser le compte « Prestation de services de tiers » et non pas « Salaires de base » - sans que l'utilisation d'un poste comptable différent n'eût eu d'effet sur le compte de résultats d'OSM (Rapport Martín p. 5)

264. En résumé : de la longue analyse effectuée par l'expert judiciaire, on peut tirer la conclusion qu'OSM a correctement²⁹⁸ comptabilisé les sommes versées à AdM dans les comptes de « salaires de base » et d'« autres frais », et que les comptes annuels de la société reflétaient lesdits paiements. Tout tiers – créancier ou actionnaire – examinant les comptes d'OSM constaterait que les sommes versées au Personnel spécialisé sont reflétées dans lesdits comptes (les salaires dans le premier, le remboursement des frais encourus dans le second).

A.4. Deuxième question : l'allégation de dissimulation

265. La Défenderesse a allégué qu'OSM avait créé un mécanisme secret de paiement, avec un compte qui avait été soigneusement dissimulé aux autres actionnaires et dont seuls pouvaient disposer conjointement le comptable Anta et le président d'OSM. Elle prétend que cette dissimulation démontrerait la *mens rea* et l'intention frauduleuse de la Demanderesse²⁹⁹.

266. La réalité est beaucoup plus nuancée.

267. Il est vrai que la décision d'instituer le mécanisme de paiement au travers du compte spécial de la Banque régionale del Cuyo a été adoptée par le président d'OSM sans que l'autorisation du Directoire y figure. Il est tout aussi vrai que Sauri s'est informée pour savoir si ladite autorisation était nécessaire en Droit et que le cabinet Beccar Varela s'est prononcé en faveur de la suffisance des pouvoirs octroyés au président puisqu'il s'agissait d'un acte administratif ordinaire.

268. Sauri a expliqué dans le cadre du présent arbitrage que la cause l'ayant incitée à créer en 2002 ce mécanisme de paiement avait été des motifs de sécurité et de confidentialité. Face à la détérioration de la situation en Argentine, Sauri allègue qu'il était devenu opportun que le détail des sommes versées au Personnel spécialisé et aux autres hauts dirigeants d'OSM ne fussent pas connues de façon généralisée au sein de la société. L'explication, bien que n'étant étayée par aucune preuve contemporaine, semble raisonnable. C'est un fait que dans de nombreuses entreprises – et pas seulement en Argentine – de strictes mesures sont adoptées afin de protéger la confidentialité des rémunérations individuelles versées à tout le personnel et, en particulier, aux hauts dirigeants. Aucune objection à ces mesures ne peut être formulée,

- sous réserve que les montants versés soient dûment reflétés dans la comptabilité de la société, sans dissimulation ni tergiversations ;
- et qu'il existe une base de données, même si elle est confidentielle, dans laquelle le détail des rémunérations individuelles figure.

269. La deuxième exigence est satisfaite, puisqu'OSM a chargé le comptable Anta de tenir les comptes du détail des sommes payées. *Quid* de la première exigence ? Le montant des

²⁹⁸ Sauf que l'on pourrait discuter de la convenance du poste le plus approprié « Salaires de base » ou « Prestation de services de tiers ».

²⁹⁹ Réponse, paragr. 51

rémunérations versées au Personnel spécialisé a-t-il été dissimulé aux autres actionnaires, en particulier à la Province ?

270. L'expert judiciaire ainsi que le Procureur ont minutieusement examiné la question.
271. L'expert judiciaire a conclu, comme il a déjà été signalé auparavant³⁰⁰, que toutes les sommes versées au personnel de Sauri détaché à Mendoza ont été comptabilisées dans le compte « Salaires de base » (et les compensations de frais dans le compte « Autres frais »).
272. Le Procureur, dans son rapport justifiant la décision de classer l'affaire pénale, a également examiné en détail la question de savoir si la Province avait connaissance du transfert du Personnel spécialisé d'OSM à AdM. Ses conclusions sont les suivantes³⁰¹ :

« Après avoir consciencieusement lu les états comptables de sept exercices (de 2002 à 2009) de la société OSM S.A. et après avoir collationné l'expertise comptable confiée au CMF, je considère que, indubitablement, l'ensemble des actionnaires d'OSM S.A., y compris, bien entendu, la Province de Mendoza, ont eu connaissance d'une telle décision (ou ont eu la possibilité effective et réelle d'en avoir connaissance) et, par conséquent, qu'ils ont accepté de bon gré que le personnel spécialisé soit transféré et dépende à compter du mois d'avril 2002 d'ADM S.A. »³⁰² (Traduction du Tribunal)

273. Et le Procureur lui-même, ensuite, de résumer ainsi son avis³⁰³ :

« Dès lors, on peut dire que le Directoire d'OSM S.A. a agit dans le cadre de ses pouvoirs, que la décision du transfert de personnel spécialisé et de sa rémunération n'a pas été cachée aux actionnaires et que l'associé Gouvernement de Mendoza a dû, inévitablement, être au courant des événements »³⁰⁴. (Traduction du Tribunal)

274. Au vu de ces rapports, le Tribunal conclut qu'il n'existe aucun indice démontrant que Sauri et OSM ont créé le mécanisme de paiement par l'intermédiaire de la Banque régionale del Cuyo dans le but de voler leurs associés en général, ni la Province en particulier. Une telle fraude aurait eu lieu si les sommes versées n'avaient pas été comptabilisées ou si elles l'avaient été à des postes ne concernant en rien la rémunération du personnel. Ce n'est pas ce qui s'est passé. L'information relative à la rémunération du Personnel spécialisé était correctement incluse dans le compte de résultats et dans le bilan d'OSM, et tous les actionnaires ont eu connaissance, ou tout du moins la possibilité réelle et effective d'avoir connaissance, de ces faits³⁰⁵.

³⁰⁰ Cf. paragr. 263 - 264 *supra*.

³⁰¹ Doc. S 880, p. 8.

³⁰² Souligné dans l'original.

³⁰³ Doc. S 880 p. 8 *in fine*.

³⁰⁴ Souligné dans l'original.

³⁰⁵ Le Procureur en arrive à indiquer que le rapport de l'université de Cuyo, de 2006, avait expressément attiré l'attention sur le montant des coûts dits « coûts hiérarchiques », c'est-à-dire de la haute direction d'OSM. Doc. S 880, p. 8.

A.5. Troisième question : virements irréguliers au bénéfice de Sauri

275. Il reste à aborder la troisième question : savoir si les sommes payées correspondent réellement à la rémunération du Personnel spécialisé ou si les paiements ont été enflés de manière frauduleuse et dissimulent des virements irréguliers au bénéfice de Sauri.
276. La République argentine a allégué que l'intégralité ou tout du moins une partie de la somme de 22 M \$ qu'OSM a payée à AdM entre le mois de mars 2002 et le mois de février 2009 ne correspondait pas aux salaires et à la rémunération du Personnel spécialisé et qu'il s'agissait en réalité d'une manœuvre assimilable à une distribution irrégulière de dividendes de la part d'OSM à l'un de ses actionnaires, Sauri³⁰⁶. Comme exemple, la Défenderesse a allégué qu'en février 2002, le salaire des cinq expatriés dont le Personnel spécialisé était composé s'élevait à 66 m \$, alors que la première facture émise par OSM pour le mois d'avril 2002 s'élevait à 336 m \$. C'est-à-dire que l'Argentine allègue que, sans aucun motif, à partir d'avril 2002, le Personnel spécialisé a commencé à percevoir des sommes quatre, cinq et six fois supérieures, ce qui prouverait le virement illicite de fonds³⁰⁷.
277. La Demanderesse, au contraire, a allégué que tous les paiements effectués par OSM au bénéfice d'AdM correspondent exclusivement à la rémunération du Personnel spécialisé et que l'Entreprise concessionnaire n'a effectué aucun paiement à AdM n'obéissant pas à cette cause³⁰⁸.
278. La résolution de cette controverse exige une évaluation détaillée de la preuve versée, en commençant par une analyse détaillée de la facturation émise entre OSM et AdM.

Factures apportées par la Défenderesse

279. La Défenderesse a versé au dossier une copie de toutes les factures émises par AdM et réglées par OSM³⁰⁹. On peut en tirer les conclusions suivantes :
- la première facture concerne le mois d'avril 2002, la dernière le mois de février 2009 ; chaque mois, AdM présentait deux factures au paiement, l'une pour « Prestation de services Personnel spécialisé » (assujettie à la TVA) et l'autre pour « Frais pour le compte et sur ordre d'OSM » (exonérée de ou non assujettie à la TVA) ;
 - le montant total facturé s'élevait à 17 741 961 \$ à titre de salaires, à 706 961 \$ à titre de remboursement de frais et à 3 725 811 \$ à titre de TVA ; le total réglé s'élève donc à 22 174 735 \$³¹⁰ ;

³⁰⁶ Réponse, paragr. 55.

³⁰⁷ Plainte pénale de l'Administrateur judiciaire, Doc. A RA 9, p. 3.

³⁰⁸ Réplique, paragr. 39.

³⁰⁹ Doc. A RA 12 ; ce sont 160 photocopies de factures que le Tribunal a classées et quantifiées.

³¹⁰ La Défenderesse avance la somme de 22 172 282 \$; la différence est probablement due à des questions d'arrondi.

- par annuité, les sommes facturées présentent des variations importantes. L'année de facturation la plus élevée a été 2003 (avec un montant de 3 847 380 \$ en salaires sans TVA), suivie de 2002 (avec un montant de 3 549 598 \$, mais seulement en neuf mois) ; au cours des exercices suivants, les montants des salaires ont baissé et se sont stabilisés à des chiffres compris entre 1,5 et 2,5 M \$ (ce qui coïncide avec la réduction du nombre d'expatriés) ;
- sur les 83 mois que le système a duré, la facturation moyenne mensuelle a été de 213 758 \$ à titre de salaires (sans TVA) et de 9 553 \$ à titre de remboursement de frais.

Rapport du Procureur

280. Le Procureur, le Dr Garay, a également étudié dans son rapport le fait de savoir si les sommes réglées par OSM à AdM correspondaient à la rémunération du Personnel spécialisé ou si ces paiements masquaient des virements irréguliers³¹¹. Le Procureur observe le fait que les sommes versées au Personnel spécialisé ont effectivement augmenté, mais ajoute que les causes sont à chercher dans la dévaluation progressive du peso face au dollar et à l'euro. Le Procureur affirme dans son rapport la chose suivante :

« ... Les contrats du personnel spécialisé étaient conclus en dollars ou en euros et l'« *aggiornamento* » de leurs salaires après la dévaluation du peso argentin en 2000 a certainement été une nécessité incontournable pour le Directoire [d'OSM], sous réserve, bien entendu, d'être légalement tenu de respecter les conditions de travail stipulées auparavant »³¹². (Traduction du Tribunal)

281. Selon les informations fournies par le Procureur, le cours du dollar, qui valait 1 peso en janvier 2002, est passé à un rapport de 1/1,90 en février 2002, puis à 1/2,10 en mars 2002 et à 1/2,90 en avril 2002 (avec un pic de 1/4,90 le 25 mars 2002³¹³). Cette dépréciation a impliqué que le coût en pesos à régler par OSM soit multiplié par le même pourcentage que celui dans lequel la monnaie argentine se dépréciait face au dollar (et dans une mesure similaire, face à l'euro). Le Procureur conclut que l'augmentation du coût supporté par OSM est dû à un « aménagement salarial – qui devait de toute façon être payé conformément aux paramètres déjà fixés, et non pas à une augmentation masquée »³¹⁴ et, de ce fait, « que les salaires aient été versés au travers d'OSM S.A. ou au travers d'une troisième société qui les lui facturait n'a guère d'importance »³¹⁵.

282. En résumé, le Procureur, dans son rapport, arrive à la conclusion qu'il n'existe aucune irrégularité relative aux montants versés par OSM à AdM et que ceux-ci correspondent à des

³¹¹ L'expert judiciaire a, au contraire, centré son rapport sur les aspects comptables et il ne contient pas d'analyse détaillée de la nature des paiements.

³¹² Doc. S 880, p. 10.

³¹³ Doc. S 880, n. 16.

³¹⁴ Doc. S 880, p. 10.

³¹⁵ Doc. S 880, p. 10.

paiements légitimes au titre des rémunérations et des autres frais encourus par le Personnel spécialisé détaché à Mendoza.

Rapport d'Accuracy

283. L'expert nommé par la Demanderesse, le cabinet Accuracy, a également analysé en détail les paiements effectués entre OSM et AdM. Il a, pour ce faire, pris toutes les factures émises par AdM au compte d'OSM et a décomposé leurs montants par années et par concepts. Le résultat figure dans le tableau suivant³¹⁶ :

Décomposition des frais de personnel spécialisé de l'opérateur technique						
<i>kARS</i>	Salaires nets en euros	Salaires nets en pesos	Charges sociales	Impôts	Autres avantages	Coût total supporté par ADM
2002 - 9 mois	438	1 352	334	1 403	197	3 285
2003 - 12 mois	451	1 498	415	1 370	235	3 518
2004 - 12 mois	314	1 160	125	757	238	2 281
2005 - 12 mois	222	806	322	660	205	1 994
2006 - 12 mois	233	918	163	671	243	1 995
2007 - 12 mois	241	1 054	223	841	362	2 480
2008 - 12 mois	275	1 288	138	928	379	2 733
2009 - 2 mois	29	134	-	75	51	260
Total	2 203	8 210	1 721	6 705	1 909	18 544

Source : factures d'ADM à OSM (annexe A RA 12) et fichier interne ADM (annexe A1.1.)

284. D'après ces données, le montant total facturé par AdM à OSM (à titre de rémunérations et de frais, net de TVA) s'élève à 18 544 m \$, chiffre qui coïncide³¹⁷ avec celui qui est déduit de la liste de factures fournies par la République argentine. L'expert explique que ce chiffre correspond à des salaires en euros de 2,2 M \$ (pour les huit années). Ces salaires, convenus en euros, ont dû être payés en pesos à un taux de change qui se détériorait d'une année sur l'autre – il est passé de 1/3,08³¹⁸ en 2002 à 1/4,62³¹⁹ en 2009. Le résultat a été que l'effort économique exigé d'OSM est allé en augmentant. Le montant final facturé par AdM à OSM a aussi été incrémenté des charges sociales, des impôts argentins et du remboursement de certains frais (concepts qui, conformément au contrat de travail, étaient à la charge de Sauri).
285. En résumé, Accuracy, dans son rapport, conclut que le coût final satisfait par OSM est pleinement justifié et que la cause des paiements réside exclusivement dans la rémunération du Personnel spécialisé détaché à Mendoza. Eduard Saura, associé d'Accuracy, a été interrogé et a expressément confirmé dans ses réponses aux questions du Tribunal « que les

³¹⁶ Accuracy, « Rapport complémentaire » du 2 février 2011 [« Accuracy II »], p. 27, Doc. S 686

³¹⁷ Avec de petites différences d'arrondi.

³¹⁸ 438/1352.

³¹⁹ 29/134.

sommes payées par OSM correspondent exactement aux sommes payées aux expatriés »³²⁰.
Après avoir expliqué le tableau, il a ajouté :

« Il s'agissait donc de cela et de rien d'autre que cela »³²¹.

286. La République argentine a, pour sa part, interrogé l'expert M. Saura sur les sources utilisées par Accuracy³²². M. Saura a expliqué que son analyse été fondée sur des tableurs Excel qui avaient été préparés par le comptable Anta et qui décomposaient chacun des paiements réalisés par concept et par expatrié³²³. Le travail de l'expert avait consisté à vérifier le caractère raisonnable de chaque paiement en se fondant sur les contrats de travail du Personnel spécialisé et sur les pratiques de Sauri en matière d'expatriation. Son labeur, toutefois, n'était pas allé jusqu'à vérifier si chacun des paiements avait effectivement été réalisé en faveur des dirigeants³²⁴.

Déposition orale de M. Calderero

287. M. José Manuel Calderero est un haut dirigeant de Sauri qui a été directeur général d'OSM entre 1999 et 2003, c'est-à-dire au cours de la période pendant laquelle le système de paiement objet de discussion a été mis en place. M. Calderero a comparu en qualité de témoin et après avoir prêté serment, le Tribunal lui a expressément demandé s'il déclarait que toutes les sommes perçues par AdM au compte d'OSM étaient exclusivement les salaires des expatriés. Sa réponse n'aurait pu être plus claire :

« Oui, effectivement. Oui, oui, je le jure. Oui, oui, il en est ainsi »³²⁵.

A.6. Évaluation de la preuve

288. La République argentine est la partie qui allègue que Sauri a fraudé et que les paiements effectués par OSM en faveur d'AdM étaient enflés et occultaient le paiement d'un dividende illicite en faveur de l'actionnaire. Après avoir soigneusement évalué la preuve versée, le Tribunal conclut que la République argentine n'a pas été capable de satisfaire à la charge de la preuve qui lui incombait.

289. Les éléments suivants pèsent dans la décision du Tribunal :

290. Premièrement, l'expert Accuracy a affirmé³²⁶ que l'augmentation des sommes versées peut s'expliquer, tout simplement, comme une conséquence de la dévaluation du peso face à

³²⁰ Transcription (version espagnole), p. 837 l. 19 – 20

³²¹ Transcription (version espagnole), p. 838 l. 8.

³²² Transcription (version espagnole), p. 849 – 850.

³²³ Le document est versé au dossier comme Doc. S 875

³²⁴ Transcription (version espagnole), p. 851. l. 15.

³²⁵ Transcription (version espagnole), p. 225 l. 6 – 7.

³²⁶ Cf. paragr. 283 - 285 *supra*.

l'euro, sans avoir à chercher une explication quelconque de fraude. Après avoir analysé en détail l'avis d'Accuracy, le Tribunal n'a trouvé aucun motif de ne pas faire confiance à ses conclusions.

291. En effet, si l'on analyse l'année 2003, année où OSM a versé le montant le plus élevé, soit plus de 3,5 M \$, il pourrait sembler à première vue que le montant payé est excessif. Cette première impression disparaît si l'on regarde le salaire annuel en euros perçu par les cinq expatriés : 451 m €, ce qui équivaut à 90 m € par expatrié. Ce chiffre peut sembler élevé ou bas, selon la situation de celui qui en juge, mais, d'après le Tribunal, il ne peut être qualifié de déraisonnable. Il faut rappeler qu'il s'agit du salaire annuel qu'une multinationale telle que Sauri devait offrir pour convaincre des techniciens et des dirigeants de haut niveau, spécialisés dans le traitement de l'eau potable et les services d'assainissement, ne résidant pas en Argentine, de s'expatrier à Mendoza.
292. Bien que le salaire de base, exprimé en euros, représente un montant raisonnable, la dévaluation continue du peso à compter de l'abandon de la parité peso/dollar fait que son coût en pesos se soit envolé. En 2003, le taux de change moyen peso/euro était de 1/3,32. C'est ainsi que les 451 m € perçus par les expatriés se sont convertis en 1,5 M \$, qu'OSM a dû payer. Si l'on ajoute à cette somme les charges sociales et les impôts – puisque conformément aux conditions d'expatriation, Sauri assumait ces dépenses - plus les frais habituels des expatriés (déménagements, écoles,...), le coût du groupe expatrié se multiplie pour atteindre un total de 3,5 M \$. À ceci s'ajoute la TVA, avec un taux de 21 %, donnant un montant total à la charge de l'Entreprise concessionnaire de 4,2 M \$ (alors que les cinq expatriés percevaient uniquement 90 m € nets chacun).
293. La Défenderesse a signalé dans ses allégations que les sommes perçues par le Personnel spécialisé s'étaient multipliées par quatre, cinq ou six. Il est certain qu'à partir de l'abandon de la parité peso/dollar, le coût du personnel détaché a dû se multiplier plusieurs fois. Toutefois, cette augmentation de coût s'explique parfaitement par la dépréciation du peso par rapport à l'euro. Il n'existe aucune preuve démontrant qu'à partir d'avril 2002, Sauri aurait décidé d'augmenter de manière frauduleuse les salaires nets en euros du Personnel spécialisé.
294. Deuxièmement, le Tribunal doit octroyer la valeur probatoire appropriée au rapport du Procureur, qui a étudié attentivement les faits et disposé de la capacité d'investigation caractéristique des procédures pénales. Ses conclusions coïncident avec les conclusions énoncées au paragraphe précédent et renforcent la conviction du Tribunal.
295. Troisièmement, le Tribunal accorde également une valeur probatoire à la déposition orale du directeur général d'OSM réalisée en son temps, qui, déclarant sous serment et expressément interrogé par le Tribunal, a catégoriquement affirmé qu'OSM n'avait jamais effectué de paiements au bénéfice d'AdM qui n'auraient pas correspondu à la rémunération du Personnel spécialisé.
296. Quatrièmement, le Tribunal ne voit pas non plus d'élément dolosif ni frauduleux dans le mécanisme de paiement mis en marche par OSM en 2002. D'une part, des avis d'avocats argentins cautionnant le caractère licite du mécanisme figurent au dossier. D'autre part, il est fréquent que de grandes entreprises utilisent des structures administratives spéciales afin de

garantir la confidentialité des rémunérations payées à leurs hauts dirigeants. Il n'y a rien à objecter à cette pratique, sous réserve que les sommes versées soient dûment comptabilisées de sorte que le compte de résultats et le bilan présentent une image fidèle de la situation patrimoniale de l'entreprise. L'expert judiciaire³²⁷ et le Procureur³²⁸ ont analysé en détail la comptabilité d'OMS et la manière dont les paiements réalisés étaient comptabilisés, et sont arrivés à la conclusion qu'il n'y pas eu de dissimulation et que la comptabilité reflétait une image fidèle de l'entreprise.

297. Cinquièmement, la République argentine a argumenté au cours de l'Audience que le Personnel dirigeant avait cessé de cotiser à la sécurité sociale après avoir été transféré à AdM et que cet état de fait constituait une fraude³²⁹.
298. Cette argumentation n'est pas non plus convaincante.
299. Les cotisations de sécurité sociale du Personnel spécialisé après son transfert à AdM sont analysées dans le rapport du cabinet Beccar Varela³³⁰, qui prévoit que ledit Personnel, s'agissant des directeurs d'AdM, soit inscrit au régime des travailleurs indépendants et exclus du régime des travailleurs salariés. Par conséquent, à partir d'avril 2002, ni OSM ni AdM n'avaient à verser de cotisations au titre du régime des travailleurs salariés³³¹.
300. Sixièmement, au cours de l'Audience, la Défenderesse a avancé un dernier argument : Sauri n'aurait jamais dû percevoir une quelconque somme d'OSM pour le Personnel spécialisé car le coût du dit Personnel était déjà inclus dans la redevance de 3 % à laquelle Sauri avait droit³³².
301. Cet argument doit être rejeté.
302. Il est vrai que la clause 4.1. du Contrat d'assistance technique prévoit que Sauri a le droit de percevoir une redevance équivalente à 3 % de la facturation nette d'OSM et il est également vrai que Sauri a perçu ladite redevance tant qu'elle a agi en qualité d'Opérateur technique de la Concession. Conformément aux dispositions du Contrat, la redevance a pour finalité de rémunérer Sauri pour la cession de savoir-faire, de transfert de technologie et de propriété intellectuelle en faveur d'OSM, et non pas pour la cession de Personnel spécialisé³³³. On déduit donc du Contrat que le paiement d'une redevance est en sus du paiement de la rémunération du personnel expatrié. C'est ainsi que toutes les parties, notamment la Province, l'ont interprété. OSM a rémunéré le Personnel spécialisé dès le premier jour, tout d'abord

³²⁷ Cf. paragr. 271 *supra*.

³²⁸ Cf. paragr. 271 - 273 *supra*.

³²⁹ Transcription (version espagnole), p. 845 (Dr. Bottini, interrogatoire de l'expert Saura).

³³⁰ Doc. S. 815.

³³¹ Ce qui justifie que dans le Doc. A RA 291, il soit indiqué qu'à compter d'avril 2002, aucune cotisation n'a été versée à la sécurité sociale pour M. Calderero – Transcription p. 227, l. 19, question du Dr. Bottini à M. Calderero.

³³² Transcription (version espagnole), p. 826, question du Dr. Gosis à l'expert M. Saura.

³³³ Cf. clause 3.1. *in fine*.

directement puis, ensuite, indirectement au travers d'AdM. Et la Province était consciente qu'OSM assumait ces charges, puisqu'il suffisait de regarder le compte de résultats d'OSM pour le voir, et elle ne s'est jamais opposée à cette pratique.

* * *

303. En résumé : après avoir soigneusement évalué la preuve apportée par les parties, le Tribunal estime que la Défenderesse n'a pas réussi à prouver que les sommes versées par OSM à AdM à titre de rémunération de Personnel spécialisé aient été frauduleusement enflées et qu'elles aient dissimulé une distribution illicite de dividendes en faveur de Sauri.

B) Droit

304. La République argentine a argumenté³³⁴ qu'il existe, dans l'arbitrage d'investissement, un principe général privant de protection les investisseurs qui auraient violé la législation de l'État hôte ou qui auraient agi de mauvaise foi. Face à cette allégation, la Demanderesse soutient que dans le cas d'espèce, l'APRI n'exige pas expressément que l'investisseur ait agi conformément à la législation argentine. Et elle ajoute que, dans les cas où les tribunaux arbitraux ont décliné leur compétence, il s'agissait de violations substantielles de la légalité commises au moment de la réalisation de l'investissement³³⁵.
305. D'un point de vue théorique, le Tribunal coïncide partiellement tant avec la Demanderesse qu'avec la Défenderesse.
306. Le Tribunal coïncide avec la Demanderesse en ce que l'APRI France-Argentine n'exige pas *expressis verbis* qu'un investissement, pour mériter une protection, ait été réalisé conformément à la législation du pays d'accueil. L'art. 2 de l'APRI, qui définit le cadre de protection, s'exprime dans les termes suivants :

« Chacune des Parties contractantes admet et encourage, dans le cadre de sa législation et des dispositions du présent Accord, les investissements effectués par les investisseurs de l'autre Partie sur son territoire et dans sa zone maritime ».

307. Le texte de l'APRI ne laisse aucun doute : l'exigence d'agir « dans le cadre de sa législation » conditionne et limite le devoir des États d'admettre et d'encourager des investissements de l'autre partie contractante, mais ne conditionne pas les agissements de l'investisseur étranger. Sur ce point, il existe donc une différence entre le présent cas et d'autres cas dans lesquels un tribunal arbitral a décliné sa compétence parce que l'investisseur avait transgressé le cadre légal de l'État hôte. Dans ces cas-là³³⁶, l'APRI correspondant exigeait expressément que l'investissement soit réalisé conformément à la législation du pays destinataire.

³³⁴ Cf. paragr. 238 *supra* et Réponse, paragr. 46.

³³⁵ Cf. paragr. 241 *supra* et Réponse, paragr. 214.

³³⁶ *Saba Fakes* (Doc. ASL 95) ; *Tokios Tokelès c. Ukraine* (Doc. ASL 89) ; cf. Réplique, paragr. 212.

308. Cependant, le Tribunal coïncide également en partie avec l'argumentation avancée par la République argentine. Il entend que la finalité du système d'arbitrage d'investissement consiste à protéger uniquement les investissements licites et *bona fide*. Le fait que l'APRI entre la France et l'Argentine mentionne ou non l'exigence que l'investisseur agisse conformément à la législation interne ne constitue pas un facteur pertinent. La condition de ne pas commettre de violation grave de l'ordre juridique est une condition tacite, propre à tout APRI, car en tout état de cause, il est incompréhensible qu'un État offre le bénéfice de la protection par un arbitrage d'investissement si l'investisseur, pour obtenir cette protection, agit à l'encontre du droit³³⁷.
309. Sauri a-t-elle violé le droit argentin ?
310. La République argentine a accusé l'entreprise française de graves abus : elle aurait mis en place un mécanisme secret, qui lui aurait permis de s'approprier illégalement de 22 M \$ appartenant à OSM, en escroquant la Province, en violant la législation sociale, comptable et sociétaire argentine, et en conduisant la société Concessionnaire à une situation désespérée. L'accusation proférée par la République argentine est extrêmement grave et elle est directement liée au rapatriement de l'investissement, un des aspects traités dans l'APRI³³⁸, elle possède donc le potentiel de priver l'investisseur de la protection offerte par l'APRI.
311. Cependant, ce n'est pas ici le cas car la République argentine a échoué dans sa tentative de prouver l'illégalité du comportement : elle n'a pas réussi à présenter de preuve démontrant que les sommes versées par OSM à AdM à titre de rétribution du Personnel spécialisé auraient été incrémentées dans un but frauduleux ni que Sauri aurait institué un mécanisme illégal visant à bénéficier d'une distribution illicite de dividendes. En un mot : il n'existe aucune preuve que les agissements de Sauri en tant qu'investisseur dans OSM comportent une violation du droit argentin.
312. Faute de preuve convaincante d'agissements illégaux imputables à l'investisseur, l'exception soulevée par la République argentine d'incompétence du Tribunal et d'absence de juridiction du CIRDI est irrémédiablement vouée à l'échec.

³³⁷ Conformément à *Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, Affaire CIRDI n° ARB/03/24, Sentence arbitrale du 8 février 2005 (Doc. 138 – 139 (Doc. AL RA 35) ; *Phoenix* paragr. 101 (Doc. AL RA 29).

³³⁸ Art. 6.

2. L'EXCEPTION D'IRRECEVABILITE DE LA DEMANDE

2.1. Position des Parties

313. La Défenderesse commence son plaidoyer³³⁹ en rappelant que les parties, en signant les deux Protocoles d'entente, ont trouvé un compromis à la plupart de leurs différends et que, par conséquent, la demande de la Demanderesse a déjà été résolue. Selon elle, le processus de renégociation entre OSM et la Province s'est conclu par un accord, et rouvrir cette étape de renégociation et présenter des réclamations concernant des questions qui ont déjà été convenues entre les seules parties intéressées est inadmissible³⁴⁰. Les Protocoles d'entente constituent des accords contraignants entre les parties et, si un actionnaire de l'une des parties remettait maintenant en question les dispositions convenues, cela irait à l'encontre de ses propres actes³⁴¹. Qui plus est, Sauri ne peut pas non plus réclamer en vertu de prétendues inexécutions du second Protocole d'entente puisque, comme l'a établi le Tribunal dans sa Décision sur la juridiction, seule OSM peut exiger le respect des droits contractuels. La Défenderesse conclut en affirmant que l'intervention administrative et la résiliation de la Concession sont des questions contractuelles et, dès lors, ne relèvent pas de la compétence du Tribunal.
314. La République argentine invoque, pour défendre son argumentation, la décision du Tribunal dans l'affaire *Desert Line*, qui concluait que les réclamations n'ont pas à être prises en considération si elles ont été résolues au préalable au moyen d'un accord contraignant³⁴².
315. Face à cet argument de la Défenderesse, la Demanderesse allègue que les Protocoles d'entente ne constituent pas une transaction mettant fin au litige objet du présent arbitrage, dans lequel Sauri et la République argentine s'affrontent³⁴³. La demande de Sauri est fondée sur la présumée violation par la République argentine de ses obligations de droit international assumées dans l'APRI, alors que les Protocoles ont tranché certains litiges apparus pendant l'exécution du Contrat de concession. Ainsi, les Protocoles éteignent par compensation les créances et les dettes accumulées par OSM et la Province ou régulent l'actualisation du cadastre de clients, alors que le présent litige fait référence aux violations de l'APRI provoquées, par exemple, par la durée excessive du processus de renégociation et par le refus de la Province à octroyer toute subvention à OSM malgré l'état d'urgence.
316. Finalement, la Demanderesse estime que la doctrine de l'affaire *Desert Line* est inapplicable car dans ce cas, la transaction avait été signée entre la Demanderesse et la Défenderesse et, de

³³⁹ Réponse, paragr. 34.

³⁴⁰ Conclusions finales, transcription (version espagnole) p. 1326.

³⁴¹ Paragr. 41.

³⁴² *Desert Line* : « *claims and defences should not be considered if they have already been resolved by a legally binding agreement* », paragr. 148 (Doc. AL RA 27).

³⁴³ Réplique, paragr. 200.

plus, le tribunal avait rejeté l'effet de la chose jugée de l'accord transactionnel au motif que ce dernier avait été imposé par intimidation (« *duress* »)³⁴⁴.

2.2. Décision du Tribunal arbitral

317. L'exception présentée par la République argentine ne peut pas prospérer.
318. Pour justifier cette décision et comme étape préalable, il convient de rappeler quelles sont les prétentions formulées par la Demanderesse.
319. Dans sa Demande, Sauri enjoint au Tribunal de déclarer que la République argentine l'a expropriée, en la privant de son investissement, et que ledit investissement n'a pas reçu un traitement juste et équitable et n'a joui ni de protection ni d'une pleine sécurité – le tout en violation des obligations de caractère international assumées dans l'APRI. En corollaire, Sauri sollicite que la République argentine soit condamnée à indemniser la Demanderesse du montant des dommages subis³⁴⁵. Concrètement, Sauri allègue que certains actes imputables à la République argentine constituent une expropriation indirecte et énumère les actes suivants³⁴⁶:
- refus successifs de révision des tarifs ;
 - non-actualisation du cadastre ;
 - non-paiement des subventions compensatoires pour les personnes défavorisées et les retraités ;
 - mesures d'urgence économique adoptées en 2002 ;
 - incapacité des Autorités provinciales à conclure un accord de renégociation avec OSM dans les délais initialement prévus ;
 - l'intervention administrative et les mesures adoptées dans le cadre de son application.
320. Autrement dit : Sauri fonde ses allégations d'expropriation indirecte, d'une part, sur des faits qui se sont produits avant la signature des Protocoles d'entente et, d'autre part, sur des faits qui se sont produits après (l'intervention par la Province et les mesures subséquentes qui ont débouché sur la résiliation du Contrat de concession et la dissolution d'OSM).
321. La République argentine prétend que le Tribunal rejette la demande *a limine* car, selon elle, tous les faits produits avant la signature des Protocoles d'entente auraient fait l'objet d'un accord en conséquence de ladite signature. Cet argument est irrecevable car la Demanderesse présente des réclamations qui relèvent par nature du droit international, fondées (entre autres)

³⁴⁴ Réplique, paragr. 202.

³⁴⁵ Demande, paragr. 311.

³⁴⁶ Demande, paragr. 201.

sur des actes imputables à la République argentine – l'intervention administrative et la résiliation – qui se sont produits après le second Protocole d'entente. Ces réclamations n'ont pas pu être affectées par l'effet transactionnel présumé des Protocoles d'entente, tout simplement parce qu'elles leur sont postérieures. Il n'est donc pas possible de rejeter la demande sans analyser le fond.

322. La Défenderesse allègue également que la réclamation de la Demanderesse qui est, elle, postérieure au second Protocole d'entente, à l'intervention administrative auprès d'OSM, à la résiliation du Contrat de concession et aux actes connexes, ne serait pas non plus recevable car il s'agit d'une réclamation de nature strictement contractuelle. L'exception ne saurait être admise car ce que Sauri demande, en réalité, est qu'un ensemble de mesures adoptées par la Province, qui incluent l'intervention administrative et la résiliation, soient déclarées constituer des violations des garanties que la République argentine a offert dans l'APRI. Déterminer si cette réclamation doit être acceptée ou rejetée ne constitue pas une question de recevabilité, qui puisse être décidée *a limine*, mais une question de fond que le Tribunal abordera dans le corps de la présente décision.

V. LA LOI

323. Le principe ayant été établi que le Tribunal est compétent pour résoudre le présent différend et que le Centre est compétent pour administrer cette procédure, il est possible d'aborder le fond du litige. Pour ce faire, le Tribunal analysera en premier lieu le Droit applicable (*infra* 1) pour ensuite aborder l'allégation fondamentale de Sauri : que son investissement aurait été exproprié par la République argentine (*infra* 2). Les demandes supplémentaires présentées par la Demanderesse seront étudiées dans une section ultérieure (*infra* 3).

1. DROIT APPLICABLE

1.1. Principes généraux

324. L'article 8.4 de l'APRI définit les sources que le Tribunal devra prendre en considération pour résoudre le litige :

« 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 loi -, 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. »

325. Pour sa part, l'art. 42(1) de la Convention du CIRDI dispose que :

« Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière ».

326. Le Tribunal doit donc appliquer comme principale source de droit - l'art. 8.4 de l'APRI en disposant ainsi -, les préceptes de l'APRI lui-même : les prétentions de la Demanderesse ne peuvent être traitées que si la République argentine n'a pas respecté les obligations assumées dans le Traité. Le propre art. 8.4 ajoute une précision à ce principe général : dans son travail, le Tribunal doit également tenir compte :

- du droit argentin, y compris le Contrat de concession et les autres contrats conclus en relation avec l'investissement (qui sont tous assujettis au droit argentin),
- et les principes de droit international applicables en la matière.

327. Comment ces trois sources du droit, mentionnées à l'art. 8.4 de l'APRI, se combinent-elles? La primauté entre elles ne se résout pas au moyen du principe de hiérarchie mais au moyen du principe de spécialité : à chaque question doit s'appliquer la norme pertinente en fonction de sa propre nature. Ainsi, la responsabilité internationale de la République argentine (pour ce qui n'est pas régulé par le Traité) ou l'interprétation de l'APRI seront régies par les principes

du droit international, tandis que l'exécution des Contrats, l'intervention administrative ou la résiliation de la Concession devront être évaluées à la lumière du droit argentin³⁴⁷.

1.2. Importance des règles relatives aux droits de l'homme

328. La République argentine a allégué que le régime de protection des investissements conçu dans l'APRI ne modifie pas les obligations assumées par le pays dans des traités relatifs aux droits de l'homme, qui sont des obligations qui, dans le système juridique argentin, ont un rang constitutionnel³⁴⁸. La Demanderesse propose donc que les obligations qui émanent de l'APRI soient interprétées en harmonie avec les règles relatives à la protection des droits de l'homme, et en particulier avec le droit de l'homme à l'eau. Elle allègue que les agissements des autorités de la Province, en intervenant d'abord administrativement auprès de l'Entreprise concessionnaire puis en résiliant la Concession, étaient conformes aux obligations de garantir un droit fondamental de l'homme, l'approvisionnement en eau³⁴⁹. Une mesure ayant cette fin ne peut être considérée comme injuste ou expropriante mais plutôt comme un exercice nécessaire du pouvoir de police et de réglementation³⁵⁰. En résumé : la République s'est limitée à adopter des mesures légitimes dans le but de protéger la population et de garantir ses droits fondamentaux³⁵¹.
329. Pour sa part, Sauri allègue que l'invocation des droits de l'homme en général et du droit à l'eau en particulier de la part de la Défenderesse n'est autre qu'une vaine tentative *ex post* de justifier les mesures adoptées par les Autorités provinciales de Mendoza en 2009 et en 2010. Les supposées motivations des autorités sont indifférentes et ne peuvent ni justifier les violations, ni limiter les garanties offertes par le Traité³⁵².
330. En réalité, les droits de l'homme en général, et le droit à l'eau en particulier, constituent l'une des diverses sources que le Tribunal devra prendre en compte pour résoudre le différend car ces droits sont élevés au sein du système juridique argentin au rang de droits constitutionnels³⁵³, et, de plus, ils font partie des principes généraux du droit international. L'accès à l'eau potable constitue, du point de vue de l'État, un service public de première nécessité et, du point de vue du citoyen, un droit fondamental³⁵⁴. Pour ce motif, en cette matière, l'ordre juridique peut et doit réserver à l'Autorité publique des fonctions légitimes de

³⁴⁷ Réplique, paragr. 234.

³⁴⁸ Réponse, paragr. 532.

³⁴⁹ Réponse, paragr. 538.

³⁵⁰ Réponse, paragr. 534.

³⁵¹ Duplique, paragr. 252.

³⁵² Réplique, paragr. 228.

³⁵³ Rapport de l'expert M. Pinto, paragr. 4.

³⁵⁴ Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux Droits de l'homme sur la portée et la teneur des obligations pertinentes en rapport avec les droits de l'homme qui concernent l'accès équitable à l'eau potable et à l'assainissement, contractées au titre des instruments nationaux relatifs aux droits de l'homme, Doc. ONU, A/HRC/6/3 (2007), paragr. 13, p. 11. et paragr. 18, p. 13. Annexe MP 100

planification, de supervision, de police, de sanction, d'intervention et même de résiliation, afin de protéger l'intérêt général.

331. Mais ces prérogatives sont compatibles avec les droits des investisseurs à recevoir la protection offerte par l'APRI. Le droit fondamental à l'eau et le droit de l'investisseur à bénéficier de la protection offerte par l'APRI opèrent sur des plans différents : l'entreprise concessionnaire d'un service public de première nécessité se trouve dans une situation de dépendance face à l'administration publique, qui dispose de pouvoirs spéciaux pour en garantir la jouissance en raison de la souveraineté du droit fondamental à l'eau ; mais l'exercice de ces pouvoirs ne se fait pas de façon absolue et doit, au contraire, être conjugué avec le respect des droits et des garanties octroyés à l'investisseur étranger en vertu de l'APRI³⁵⁵. Si les pouvoirs publics décident d'exproprier l'investissement, de traiter l'investisseur injustement ou de façon non équitable ou de lui refuser la protection ou la pleine sécurité promises, tout ceci en violant l'APRI, l'investisseur aura le droit d'être indemnisé dans les termes que le Traité lui accorde.
332. Contrebalancer ces deux principes sera la tâche que le Tribunal devra effectuer lors de son analyse des prétentions substantives présentées par Sauri.

³⁵⁵ Ainsi qu'à l'investisseur national en vertu de la Constitution et de sa réglementation d'application.

2. L'EXPROPRIATION DE L'INVESTISSEMENT

333. La principale accusation de Sauri contre la République argentine est que cette dernière l'a illicitement privée de son investissement, en commettant une expropriation indirecte³⁵⁶ de la participation que Sauri détenait indirectement dans le capital d'OSM, qui s'élevait à 32,08 % du capital social, plus les droits inhérents à un tel investissement comme le droit de participer à la gestion, le droit de percevoir des dividendes et les droits dérivés de sa fonction d'opérateur technique de la Concession³⁵⁷. La République argentine nie catégoriquement avoir commis une telle irrégularité.
334. Pour résoudre ce différend, le Tribunal résumera brièvement les positions des parties (*infra* 2.1), analysera ensuite une question préalable, l'effet juridique du second Protocole d'entente sur les droits et les obligations des parties (*infra* 2.2), puis une section sera consacrée à l'analyse abstraite du concept d'expropriation tel qu'il a été défini par l'APRI (*infra* 2.3), qui sera appliqué aux faits prouvés (*infra* 2.4). Finalement, le Tribunal analysera les défenses présentées par la République argentine (*infra* 2.5).

2.1. Position des Parties

A) Demanderesse

335. La principal allégation de la Demanderesse peut se résumer dans les termes suivants : elle a été victime d'une expropriation indirecte commencée à la fin de l'année 2000, que la Défenderesse a réalisée au moyen d'une série de mesures parmi lesquelles figurent :
- les refus successifs d'augmenter les tarifs ;
 - la non-actualisation du cadastre ;
 - le non-paiement des subventions pour les personnes défavorisées et les retraités ;
 - les mesures d'urgence économique adoptées en 2002 ;
 - l'incapacité des Autorités provinciales à conclure un accord de renégociation avec OSM dans les délais initialement prévus ;
 - l'intervention administrative et les mesures adoptées dans le cadre de son application³⁵⁸.
336. La Demanderesse précise que l'intervention administrative et les mesures ultérieures dictées en conséquence ont eu pour effet de priver les actionnaires de leurs droits de contrôle sur les

³⁵⁶ Demande, paragr. 184.

³⁵⁷ Demande, paragr. 187.

³⁵⁸ Demande, paragr. 201.

organes de la société. Depuis le 3 août 2009, Sauri n'a pas pu participer à la gestion quotidienne d'OSM. L'intervention administrative n'aurait rien été d'autre que le prélude à la renationalisation d'OSM, que la Province a réalisée après avoir résilié la Concession³⁵⁹.

337. La défense présentée par la Défenderesse, selon laquelle l'intervention administrative ainsi que la résiliation du Contrat de concession seraient justifiées par l'exercice légitime de pouvoirs réglementaires et de police est, selon Sauri, purement opportuniste et doit être rejetée. En tout état de cause, cette hypothèse ne résout pas la question de l'indemnisation due à Sauri au titre de l'expropriation³⁶⁰. Sauri, invoquant la doctrine établie par la sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Saluka*³⁶¹, allègue qu'un État, quand il fait usage de ses pouvoirs de police, ne peut éluder sa responsabilité internationale que s'il exerce lesdits pouvoirs de manière légitime, en respectant les engagements pris et de manière raisonnable et proportionnée. L'expropriation ne peut se justifier par le fait qu'il existe une loi permettant aux autorités de faire usage d'un tel pouvoir³⁶².
338. Sauri poursuit son argumentation en alléguant que la Province a décidé l'intervention administrative en s'appuyant sur des prétextes mais que, en réalité, elle prétendait couvrir ses propres erreurs et ses propres carences en tant que superviseur de la Concession. OSM prévenait depuis 2005 du risque de débâcle du service. Malgré cela, les autorités n'ont pas adopté les mesures qu'elles avaient à leur disposition : Elles ont préféré avoir recours à l'intervention administrative afin de rejeter sur les actionnaires étrangers la responsabilité des difficultés rencontrées par le service, de construire artificiellement un dossier de chefs d'accusation et de renationaliser le service³⁶³.
339. Finalement, la Demanderesse affirme que le fait que Sauri conserve officiellement la propriété d'AdM n'est pas un argument pertinent. L'actif sous-jacent, OSM, a disparu. Sauri est actionnaire d'une société en liquidation, qui a perdu son principal actif. On peut donc en conclure que Sauri a perdu la valeur totale de son investissement³⁶⁴.

B) Défenderesse

340. La République argentine nie catégoriquement que Sauri ait subi une expropriation indirecte. Elle allègue que l'Argentine n'a rien fait d'autre que d'exercer, légitimement, son pouvoir de police et les droits que le propre Contrat de concession lui conférait. Ce sont les inexécutions contractuelles réitérées de la part d'OSM qui ont obligé la Province premièrement à intervenir, puis à résilier le Contrat de concession. Les mesures auraient été adoptées

³⁵⁹ Réplique, paragr. 248.

³⁶⁰ Réplique, paragr. 248.

³⁶¹ *Saluka c. République tchèque*, CNUDMI, Décision partielle du 17 mars 2006, paragr. 307-308 (Doc. ASL 41).

³⁶² Réplique, paragr. 265.

³⁶³ Réplique, paragr. 269.

³⁶⁴ Réplique, paragr. 254.

conformément aux processus juridiques prévus, n'auraient pas eu de caractère discriminatoire et auraient été adoptées de manière raisonnable et fondée³⁶⁵.

Mesures précédant le second Protocole

341. Concrètement, la Défenderesse allègue que les mesures invoquées par la Demanderesse relatives à la non-actualisation du cadastre des clients, le non-paiement des indemnités et le retard s'étant produit pour conclure les accords de renégociation, ne répondent, ni de loin, aux conditions exigées par la jurisprudence pour constituer un cas d'expropriation indirecte³⁶⁶. De plus, ces réclamations ont été réglées dans le second Protocole d'entente, ce qui interdirait à Sauri de présenter au cours de cette instance des prétentions relatives aux points déjà convenus³⁶⁷.

Intervention administrative et résiliation

342. Concernant l'intervention administrative auprès d'OSM, celle-ci aurait eu comme motif le risque technique et la déficience des prestations de services d'OSM et comme finalité la protection de la santé publique de la population desservie. Elle a été réalisée conformément aux articles 48 de la Loi n° 6.044, 13.q) du Décret n° 2.223/94³⁶⁸ et 12.2.4.3 du Contrat de concession, c'est-à-dire conformément aux règles qui régissent la Concession, ce qui interdit de les qualifier d'expropriantes. Certains des motifs ayant justifié l'intervention étaient :

- la présence de manganèse dans les raccordements aux domiciles ;
- la présence de mercure dans l'hypochlorite de sodium utilisé pour rendre l'eau potable ;
- l'état de risque technique des collecteurs d'effluents d'eaux usées de Guaymallen et de Las Heras ;
- le non-respect des objectifs de qualité dans les stations d'assainissement ;
- la basse pression de l'approvisionnement en eau potable ;
- la maintenance insuffisante de l'aqueduc Potrerillos ;
- l'inexécution de 39 % de l'investissement prévu dans le Plan d'action 2007 et de 61 % de l'investissement prévu dans le Plan d'action 2008 ;
- de graves déficiences dans l'attention aux usagers ;
- la détérioration des bâtiments et des stations.

³⁶⁵ Réponse, paragr. 762 ; Duplique paragr. 409.

³⁶⁶ Réponse, paragr. 768.

³⁶⁷ Réponse, paragr. 776.

³⁶⁸ Modifié par le d. n° 911/95.

343. L'intervention administrative et la résiliation du Contrat de concession ne constituent pas une expropriation de l'investissement de Sauri mais, au contraire, l'adoption de mesures légitimes conformément aux pouvoirs réglementaires de l'État et qui ne sont pas du ressort de la juridiction de ce Tribunal³⁶⁹. Étant donné la présomption de légitimité des actes réglementaires de l'État, la norme probatoire permettant de réfuter cette présomption doit être très exigeante. Il doit en particulier exister une preuve claire et convaincante d'erreur ou que l'acte était inapproprié. Les États disposent d'une marge d'appréciation dans l'accomplissement de leurs obligations concernant le bien-être général. La simple détermination de l'existence d'une privation ne suffit pas à obliger l'État à indemniser³⁷⁰.
344. Invoquant la doctrine de la sentence arbitrale *Saluka*, la République argentine conclut que la simple détermination de la privation d'un investisseur de son investissement ne donne pas lieu en soi à l'obligation d'indemniser. La privation s'étant produite en vertu de mesures réglementaires légitimes n'est pas indemnisable³⁷¹. Dans l'affaire *Glamis*³⁷², le tribunal a statué qu'un État ne sera pas responsable de la perte qu'un investissement puisse subir si la mesure, dans l'exercice du pouvoir réglementaire, a été adoptée de bonne foi et n'est pas discriminatoire.
345. Qui plus est, s'il était conclu que la valeur de l'investissement de Sauri a été affectée, ceci serait la conséquence des graves inexécutions commises par le Concessionnaire. Ce sont ces agissements qui ont obligé la Province à, premièrement, intervenir dans le service d'OSM, puis à résilier le Contrat de concession. Il est un principe de droit international selon lequel un investisseur ne peut prétendre recevoir une compensation d'un État pour ses propres décisions, son inexécution déficiente et le manque de planification de son activité³⁷³. La République argentine cite en sa faveur les sentences rendues dans les affaires *Robert Aziniam*³⁷⁴ et *Waste Managent II*³⁷⁵. La situation de risque technique de la Concession était indubitablement due au manque d'investissement de la part du Concessionnaire, de sorte que les conséquences des agissements irresponsables d'OSM ne peuvent pas être attribuées à la République argentine.

Sauri reste propriétaire des actions d'OSM

346. Dans la Duplique, la République argentine présente un nouvel argument : l'investissement au titre duquel Sauri a déposé une réclamation correspond à ses actions dans OSM. Pour qu'il

³⁶⁹ Duplique, paragr. 415.

³⁷⁰ Duplique, paragr. 441.

³⁷¹ Réponse, paragr. 790.

³⁷² *Glamis Gold, Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, Affaire CNUDMI/TLCAN, Sentence arbitrale du 8 juin 2009, paragr. 355 (Doc. AL RA 77).

³⁷³ Réponse, paragr. 800.

³⁷⁴ *Robert Azinian et autres c. États-Unis mexicains*, Affaire CIRDI N° ARB/97/2, Sentence arbitrale du 1er novembre 1999, paragr. 83 (Doc. AL RA 88).

³⁷⁵ *Waste Management Inc. c. États-Unis mexicains*, Affaire ARB/00/3, Sentence arbitrale du 30 avril 2004, paragr. 177 (Doc. AL RA 43).

existe une expropriation indirecte, celle-ci doit concerner les actions que Sauri possède dans OSM, or elle les possède et les contrôle toujours, au point d'avoir participé à la décision de liquider la société³⁷⁶. Pour qu'il existe une expropriation indirecte, Sauri devrait avoir été « dépossédée » de ces actions ou avoir subi un acte similaire à la dépossession. S'appuyant sur la décision sur la responsabilité rendue dans l'affaire *Total*³⁷⁷, la Défenderesse allègue que la privation effective exige une perte totale de la valeur de la propriété.

347. La République argentine ajoute que de la même manière que Sauri ne peut se prévaloir des droits acquis au titre du Contrat de concession (tel que l'a établi la décision de ce Tribunal sur la juridiction), elle ne peut pas non plus alléguer qu'il y a eu expropriation. La décision de résilier la Concession correspond, en tout état de cause, à l'exercice de droits contractuels et il ne s'agit pas d'une mesure d'expropriation. L'application d'une clause contractuelle, même si elle fait référence à la résiliation du Contrat, ne pourra jamais être assimilée à l'expropriation de ce contrat contenant la clause de résiliation, d'autant plus que, dans ce cas, il n'a même pas été allégué que la juridiction convenue dans le Contrat ne serait pas compétente pour examiner un litige résultant de la résiliation³⁷⁸.

Arguments finaux

348. La République argentine nie que l'objectif ultime des actes de la Province ont été de renationaliser le service. En réalité, la Province a fait de nombreux efforts pour tenter qu'OSM conserve la Concession :
- elle a effectué une révision exceptionnelle du tarif ;
 - elle a suspendu les normes de qualité ;
 - elle a renégocié le Contrat de concession en pleine crise.
349. Malgré tous ces efforts, le Concessionnaire a continué de manquer à ses obligations, ce qui a conduit à un état de débâcle du service et obligé la Province à intervenir et, ensuite, à résilier le service³⁷⁹.
350. La Défenderesse termine ses allégations en indiquant que dans les procédures que les investisseurs étrangers ont entamé contre la République argentine suite à l'éclatement de la crise de 2001, aucun tribunal arbitral international n'a conclu que les mesures adoptées revêtent un caractère expropriant³⁸⁰. Ces mesures ont été adoptées pour protéger les objectifs

³⁷⁶ Duplique, paragr. 429.

³⁷⁷ *Total S.A. c. République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/04/01, Décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, paragr. 193 – 194 (Doc. AL RA 222).

³⁷⁸ Duplique, paragr. 435.

³⁷⁹ Duplique, paragr. 451.

³⁸⁰ Réponse, paragr. 807, Duplique, paragr. 413.

légitimes d'ordre public, dans la mesure où l'intégrité même de l'État en est venue à être menacée³⁸¹.

2.2. Une question préalable : la valeur juridique du second Protocole d'entente

351. Le 17 mai 2007, la Province de Mendoza, représentée par l'un de ses ministres, et OSM ont signé le second Protocole d'entente³⁸², document qui a ensuite été ratifié par un décret signé par le Gouverneur et tacitement approuvé par le Pouvoir législatif en février 2008. Ce Protocole a mis fin, avec l'agrément et le consentement d'OSM ainsi que de la Province, au long processus de renégociation de la Concession, qui avait commencé cinq ans auparavant, lorsque la République et la Province avaient décrété la situation d'urgence économique³⁸³.

352. Le contenu du second Protocole d'entente est triple³⁸⁴ :

- premièrement, le second Protocole exprime une volonté de transaction : les deux parties mettent fin d'un commun accord aux nombreux différends qui avaient surgi au cours de l'exécution du Contrat de concession. L'accord de la Province d'indemniser OSM d'un montant de 18 M \$ pour le retard de révision du cadastre en contrepartie de l'engagement du Concessionnaire à destiner le solde net restant de 49 M \$ à la constitution du fonds d'investissement est un exemple des dispositions contenues dans cet accord ;
- de plus, le second Protocole constitue également une novation qui modifie le Contrat de concession : les parties, d'un commun accord, conviennent de modifier certains des accords qui avaient été conclus auparavant. Ainsi, par exemple, il est convenu d'une nouvelle méthodologie de calcul et d'une nouvelle procédure de révision des tarifs ;
- finalement, le second Protocole fait également office de reconnaissance de dettes : les deux parties reconnaissent se devoir réciproquement des sommes déterminées, en compensent les montants respectifs et s'engagent à les régler dans des délais et des conditions déterminés.

Effets du second Protocole

353. Aux fins du présent litige, les parties défendent des postures opposées quant aux effets de la signature de second Protocole d'entente. Selon la Demanderesse, nous nous trouvons face à une étape supplémentaire au sein du processus d'expropriation de la Concession commencé en 2000 et qui culmine avec l'intervention administrative et la résiliation du Contrat³⁸⁵. D'après la Défenderesse, le second Protocole d'entente marque, au contraire, une césure dans

³⁸¹ Réponse, paragr. 810.

³⁸² Cf. *Supra* paragr. 112.

³⁸³ Cf. *Supra* II.8.

³⁸⁴ Pour une analyse détaillée, cf. II.13.1.

³⁸⁵ Demande, paragr. 179

les relations entre les deux parties, un accord transactionnel ayant été conclu, lequel empêcherait le Tribunal de pouvoir tenir compte des faits s'étant produits au préalable³⁸⁶.

354. Sur ce point, le Tribunal coïncide avec la position défendue par la Défenderesse.

355. L'article 832 du Code civil argentin [« C.c. »] définit la transaction dans les termes suivants :

« La transaction est un acte juridique bilatéral selon lequel les parties, se faisant des concessions réciproques, éteignent des obligations litigieuses ou douteuses. » (Traduction du Tribunal)

356. La transaction est donc par essence un accord entre deux parties qui s'affrontent dans le cadre d'un ou de plusieurs litiges, potentiels ou bien déclarés, qui vise à mettre fin au dit désaccord, chacune des parties assumant l'engagement de concéder un bien ou un droit ou d'y renoncer. Les effets du contrat de transaction sont définis à l'art. 850 C.c., qui choisit d'employer une expression classique, usuelle dans la plupart des codes civils qui ont un tronc commun avec le Code argentin :

« La transaction éteint les droits et les obligations auxquels les parties auraient renoncé et a envers elles l'autorité de la chose jugée. » (Traduction du Tribunal)

357. La loi ordonne donc que pour toutes les questions ayant fait l'objet d'un accord transactionnel, ledit pacte produise le même effet qu'une décision judiciaire contenue dans une décision ferme de dernière instance. Avec cet archaïsme sémantique, la norme souhaite indiquer que la transaction est exécutoire entre les parties, les obligeant à exécuter les décisions convenues et leur interdisant d'exhumer des positions ou des circonstances antérieures, novées ou résolues par ledit accord. C'est comme si les parties elles-mêmes, d'un commun accord, avaient prononcé une décision sur les litiges ou des droits douteux.

358. L'effet subjectif de la chose jugée se préconise en premier lieu eu égard aux deux parties qui ont conclu l'accord transactionnel : OMS et la Province. Mais les effets atteignent également Sauri, l'actionnaire qui contrôle OSM, puisque Sauri ne peut pas considérer comme expropriantes des mesures que sa propre filiale a considérées comme résolutoires. Si une mesure adoptée par la Province a donné lieu à un litige avec OSM et que ce litige est désormais tranché en conséquence de la transaction, l'accord transactionnel empêchera à OSM de rouvrir le litige et à Sauri de l'inclure dans les mesures d'expropriation au titre desquelles elle réclame contre la République.

Mesures d'expropriation alléguées par Sauri

359. Nous allons donc examiner les mesures d'expropriation alléguées par Sauri et déterminer si elles étaient concernées par le second Protocole d'entente. Sauri prétend³⁸⁷ avoir subi une expropriation indirecte, entamée à la fin de l'année 2000, que la Défenderesse aurait mise en oeuvre au moyen d'une série de mesures incluant les suivantes :

³⁸⁶ Réponse, paragr. 41.

³⁸⁷ Demande, paragr. 206.

- (i) les refus successifs d'augmenter les tarifs ;
 - (ii) la non-actualisation du cadastre ;
 - (iii) le non-paiement des subventions pour les personnes défavorisées et les retraités ;
 - (iv) les mesures d'urgence économique adoptées en 2002 ;
 - (v) l'incapacité des Autorités provinciales à conclure un accord de renégociation avec OSM dans les délais initialement prévus ;
 - (vi) l'intervention administrative et les mesures adoptées dans le cadre de son application.
360. Lesquelles de ces mesures d'expropriation sont-elles concernées par la transaction convenue dans le second Protocole ? Selon le Tribunal, les cinq premières mesures figurent dans cette catégorie :
- (i) Il est vrai - comme Sauri l'affirme - que pendant cinq ans, les Autorités provinciales ont refusé d'augmenter les tarifs ; mais il est également vrai que dans le second Protocole, une augmentation de 19,7 % du tarif a été convenue ainsi qu'une méthodologie et une procédure de révision future³⁸⁸ ; les parties ont, par conséquent, conclu un accord transactionnel en matière de tarifs.
 - (ii) Il est vrai que la Province a pris du retard dans la mise à jour du cadastre, mais il est également vrai que dans le second Protocole d'entente, les deux parties ont pacté qu'OSM recevrait une indemnisation de 18 M \$³⁸⁹ à ce titre ; la réclamation a par conséquent été résolue.
 - (iii) Il est vrai que la Province a pris du retard dans le règlement des subventions pour les personnes défavorisées et les retraités ; mais il est également vrai que les soldes dus avaient déjà été fixés dans le premier Protocole d'entente et que dans le second Protocole, lesdits soldes, incrémentés des intérêts correspondants, ont été payés par compensation avec d'autres obligations dues par OSM³⁹⁰ ; la réclamation à ce titre est dès lors résolue.
 - (iv) Il est vrai que les mesures d'urgence économique ont affecté OSM ; mais il est tout aussi vrai que dans le second Protocole d'entente, les deux principaux effets négatifs que le Concessionnaire avait subis : la congélation des tarifs et le remboursement des prêts internationaux chiffrés en devises qu'OSM avait reçus avant la prise de contrôle par Sauri, ont été résolus.

³⁸⁸ Cf. paragr. 113 *supra*.

³⁸⁹ Cf. paragr. 113, n. 153, *supra*.

³⁹⁰ Cf. paragr. 113 *supra*.

- (v) Il est vrai que les Autorités provinciales ont largement dépassé les délais initialement prévus pour renégocier les tarifs et que ces délais ont dû être prolongés à plusieurs reprises ; mais il est également vrai qu'OSM a transigé sur ces retards en acceptant, dans le second Protocole, une augmentation de tarif de 19,7 % ainsi qu'une méthodologie et une procédure applicables aux révisions futures.

361. En résumé : le Tribunal estime que sur les six mesures d'expropriation alléguées par Sauri, les cinq premières ont perdu leur potentiel d'effets puisqu'elles sont concernées par l'accord transactionnel conclu dans le second Protocole d'entente. Les effets préjudiciables que lesdites mesures pourraient avoir causés à OSM ont été corrigés. Seule reste intacte la dernière mesure d'expropriation alléguée, celle qui se réfère à l'intervention administrative, à la résiliation et aux actes ultérieurs. Par conséquent, Sauri pourra faire prévaloir sa prétention de reconnaissance d'expropriation uniquement si elle est capable de prouver que l'intervention administrative auprès d'OSM et les mesures y afférentes ont violé l'art. 5.2 de l'APRI. Cette question sera analysée dans les sections suivantes.

2.3. Réglementation de l'expropriation dans l'APRI

362. Pour commencer, il convient de rappeler la teneur littérale de l'art. 5.2. de l'APRI :

« Les Parties contractantes ne prennent pas, directement ou indirectement, de mesures d'expropriation ou de nationalisation, ni toute autre mesure équivalente ayant un effet similaire de dépossession, si ce n'est pour cause d'utilité publique et à condition que ces mesures ne soient ni discriminatoires, ni contraires à un engagement particulier.

Les mesures susmentionnées qui pourraient être prises doivent donner lieu au paiement d'une indemnité prompte et adéquate dont le montant, calculé sur la valeur réelle des investissements concernés, doit être évalué par rapport à une situation économique normale et antérieure à toute menace de dépossession.

Cette indemnité, son montant et ses modalités de versement sont fixés au plus tard à la date de la dépossession. Cette indemnité est effectivement réalisable, versée sans retard et librement transférable. Elle produit, jusqu'à la date de son versement, des intérêts calculés au taux d'intérêt approprié. »

363. Le précepte qui est transcrit ci-dessus s'exprime en termes d'interdiction : il ordonne à la République argentine (et aussi à la France) de s'abstenir d'adopter des « mesures » déterminées, sauf si elles réunissent trois conditions : utilité publique, caractère non discriminatoire et non-violation d'un engagement particulier.

Mesures

364. Le concept de « mesure », qui n'est pas défini dans l'APRI, doit s'entendre au sens large³⁹¹. C'est ce qui ressort (en appliquant l'art. 31.1 de la Convention de Vienne) de l'art. 5.2 de l'APRI, qui englobe aussi bien des mesures directes que des mesures indirectes. Dès lors, ce concept inclut tout type d'actes administratifs, législatifs ou judiciaires, exécutés par l'un des pouvoirs, quel qu'il soit, constituant la République (ou par toute autre entité dont la

³⁹¹ Cf. *Fisheries Jurisdiction Case* (Espagne c. Canada), Cour internationale de justice, arrêt relatif à la juridiction du 4 décembre 1998, ICJ Reports (1998), p. 432-460, paragr. 66.

responsabilité des actes incombe à la République en vertu des critères d'imputation du droit international) et interdit que lesdits actes entraînent une expropriation ou une nationalisation, ou une mesure équivalente qui produise un effet similaire de dépossession.

365. L'APRI ne définit pas les concepts d'« expropriation », de « nationalisation » ni de « mesure équivalente » et cette lacune doit être intégrée, comme le préconise l'art. 8.4 du traité, « sur la base des dispositions des principes de droit international en la matière ».

(i) Expropriation

366. L'« expropriation » consiste en ce que l'État, dans l'exercice de ses pouvoirs souverains, nuit à un investisseur protégé par le traité en le déposédant du contrôle ou de la propriété d'un investissement protégé. L'APRI, comme d'autres APRI signés par la France, se centre sur le concept de « dépossession » comme exigence fondamentale de l'existence d'une expropriation³⁹². La dépossession implique que l'investisseur subisse la perte de l'usage et de la jouissance³⁹³ (et pas nécessairement de la propriété) de l'investissement. La définition de l'APRI est donc centrée sur l'investisseur et non pas sur l'État. Elle n'exige pas que la dépossession de l'investisseur se traduise par une appropriation au bénéfice de l'État (ou d'un tiers agissant pour son compte). Cependant, dans la plupart des cas, l'appauvrissement de l'investisseur provoquera à l'inverse l'enrichissement d'une entité publique, ce qui permettra de considérer les agissements comme expropriants. La définition du traité n'exige pas non plus qu'il existe une intention d'expropriation.

367. Investisseur et investissement sont des concepts définis dans le propre APRI et, aux fins du cas d'espèce, le traité considère « investisseurs » les personnes juridiques constituées sur le territoire français³⁹⁴ et « investissements » tant les participations dans des sociétés argentines, même si elles sont minoritaires ou indirectes³⁹⁵, que les concessions administratives³⁹⁶.

³⁹² Cf. art. 5.2.I, qui se réfère à « toute autre mesure équivalente ayant un effet similaire de dépossession » et l'art. 5.2.II, qui se réfère à la « date de la dépossession ».

³⁹³ Dans *Total S.A. c. République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/04/01, Décision sur la responsabilité du 27 décembre 2012, le Tribunal, appliquant le même APRI, conclut que le terme « dépossession », par conséquent, se réfère nécessairement à la perte de contrôle qui est caractéristique de la « possession » (paragr. 193). Dans ce cas, le Tribunal a jugé que l'investisseur n'avait pas été déposédé de sa participation dans la société argentine, ni de l'administration de ses opérations (cf. paragr. 194). La situation dans le présent cas d'arbitrage est totalement différente puisque Sauri a perdu le contrôle et la gestion d'OSM et qu'elle a été privée de son investissement.

³⁹⁴ Art. 1.2. b).

³⁹⁵ Art. 1.1.b) ; Décision sur la juridiction paragr. 87.

³⁹⁶ Art. 1.1.e) ; voir également *infra* n. 430.

(ii) Nationalisation

368. La « nationalisation » est un concept analogue à celui de l'expropriation, auquel s'ajoute le fait que, dans ce cas, l'État fait sien l'investissement dont il a dépossédé l'investisseur³⁹⁷.

(iii) Mesures équivalentes

369. Le troisième concept employé dans l'art. 5.2. de l'APRI est celui de « mesure équivalente ayant un effet similaire de dépossession ». Cette périphrase englobe ce que l'on dénomme généralement expropriation réglementaire ou indirecte. Il s'agit d'actes législatifs ou administratifs adoptés par un État dans l'exercice de ses pouvoirs réglementaires ou policiers, qui ne vont pas jusqu'à priver l'investisseur de la propriété et du contrôle de son investissement, mais qui interfèrent de manière importante sur sa jouissance.

Directement ou indirectement

370. L'article 5.2 de l'APRI ajoute une précision supplémentaire : il interdit à la République argentine d'adopter, « directement ou indirectement », des mesures d'expropriation, de nationalisation ou ayant un effet similaire.

371. Que veut dire le traité en incluant ces adverbes ?

372. De prime abord, on pourrait penser que l'APRI fait référence à l'expropriation dite indirecte ou réglementaire. Cette interprétation, cependant, doit être rejetée car l'expropriation indirecte ou réglementaire est déjà comprise dans le concept de « mesure équivalente ». Que le même précepte, dans une même phrase, fasse deux fois référence au même cas de figure en utilisant des concepts radicalement différents n'aurait pas de sens.

373. La précision « directement ou indirectement » ne semble pas non plus faire référence à la manière dont l'investisseur protégé détient l'investissement. Il convient de rappeler que l'art. 1.1.b) de l'APRI englobe, dans son champ de protection, les « participations indirectes » dans des sociétés argentes détenues par des sociétés constituées en France. Dès lors, les mesures d'expropriation sont interdites, qu'elles soient directement dirigées contre l'investisseur français ou indirectement dirigées contre les sociétés argentes dans lesquelles l'investisseur français a une participation – la réitération du principe à l'art. 5.2 étant inutile.

374. En réalité, les adverbes « directement ou indirectement » se réfèrent, comme le montre leur place dans la phrase, à la façon dont l'État adopte les mesures : le précepte interdit qu'il puisse les adopter tant directement qu'en se prévalant de la participation dans toute autre entité, publique ou privée, agissant pour le compte de l'État ou dont l'État soit internationalement responsable. En tout état de cause, la référence explicite à des mesures indirectes souligne l'intention des auteurs de l'APRI d'interpréter au sens large les mesures d'expropriation interdites.

³⁹⁷ Dans la pratique, le concept de nationalisation est généralement réservé à l'expropriation au bénéfice de l'État ou d'une entité publique de ressources naturelles ou de secteurs industriels ; cf. IAN BROWNLIE : « *Principles of Public International Law* », 7e éd. (2008), p. 532.

Exceptions

375. L'interdiction d'adopter des mesures d'expropriation, de nationalisation ou équivalentes n'est pas absolue. L'APRI les permet, sous réserve qu'une triple condition soit remplie (et qu'en plus, l'indemnité correspondante soit versée) :
- qu'elles obéissent à une cause d'utilité publique ;
 - qu'elles ne soient pas discriminatoires ;
 - ni contraires à un engagement particulier contracté par l'État face à l'investisseur ou à un tiers.
376. Une expropriation légitime oblige au paiement d'une indemnité adéquate dont le montant et les modalités de versement doivent être fixés au plus tard à la date de la dépossession. Pour être adéquate, l'indemnité :
- doit être équivalente à la valeur réelle des investissements concernés ;
 - doit être calculée par rapport à une situation économique normale et antérieure à toute menace de dépossession ;
 - doit être effectivement réalisable et librement transférable ;
 - doit être versée sans retard ;
 - et doit produire, jusqu'à la date de versement, des intérêts calculés au taux d'intérêt approprié.

2.4. Insertion des faits dans le concept d'expropriation

377. La norme ayant été analysée, il convient de se demander si les faits prouvés (*infra* A) y trouvent leur place (*infra* B).

A) Faits prouvés

378. *Pro memoria* : L'intervention administrative est une prérogative de caractère administratif que l'art. 48 de la Loi n° 6.044 réserve au Pouvoir exécutif de la Province. Il s'agit d'une mesure temporaire (limitée à deux périodes de 180 jours) qu'il y a lieu d'adopter quand l'inexécution par le Concessionnaire de ses obligations légales et conventionnelles entraîne des irrégularités dans les conditions de prestation du service, et sous réserve que les sanctions administratives ne soient pas adaptées à la situation. L'intervention administrative a pour finalité de rétablir le service et, en règle générale, la nomination de l'administrateur judiciaire n'entraîne pas la substitution des organes de direction de l'Entreprise concessionnaire, bien que, exceptionnellement, une telle substitution soit possible³⁹⁸.

³⁹⁸ Cf. paragr. 187 *supra*.

379. Constituent des faits prouvés³⁹⁹ :

- Le 3 août 2009, le directoire de l'EPAS a adopté une résolution par laquelle il sollicitait du Pouvoir exécutif l'intervention administrative auprès d'OSM, sous le régime plus strict de substitution temporaire des organes de direction.
- Le même jour, le Gouverneur de la Province a promulgué le Décret n° 1.690 (moyennant accord ministériel), décrétant la mesure demandée et nommant l'ingénieur Manuel Dávila, vice-président de l'EPAS, administrateur judiciaire pour une durée de 180 jours.
- Le décret d'intervention administrative ordonne que l'administrateur judiciaire exerce l'ensemble des attributions que les statuts de la société et le règlement interne octroient au directoire et à son président ; les actionnaires propriétaires d'OSM se trouvent par conséquent dépossédés de tous leurs droits de participation à la gestion de l'entreprise, dont le contrôle est confié à l'administrateur judiciaire.
- L'intervention administrative a été prolongée sur une deuxième période de 180 jours, le maximum autorisé par la loi. Pour pouvoir à nouveau prolonger cette durée, une nouvelle loi a été promulguée, la Loi n° 8.196⁴⁰⁰, qui prorogeait la mesure administrative jusqu'au 27 septembre 2010.
- Lors de son discours officiel du 1er mai 2010 devant le Parlement régional, le Gouverneur a annoncé qu'OSM se trouvait dans « une situation critique suite à d'années de laisser-aller dans sa gestion privée » et que « elle doit repasser aux mains de l'État provincial ».
- Le 27 juillet 2010, le Gouverneur a décrété la résiliation, pour faute du Concessionnaire, du Contrat de concession.
- Deux mois après, le 27 septembre 2010, la résiliation a été appliquée, et la Province a procédé à la réception provisoire du service.
- À cette même date, la Concession a été octroyée à une nouvelle entreprise concessionnaire de propriété publique : Aysam.
- Le 1er octobre 2010, à la requête de l'administrateur judiciaire, une assemblée générale extraordinaire des actionnaires d'OSM a été convoquée afin d'approuver la dissolution de la société ; s'agissant d'une société à objet social unique, l'exploitation de la Concession, et le Contrat qui constituait son unique objet ayant été résilié, la société se trouvait dans une situation motivant sa dissolution, et les actionnaires en ont adopté la résolution.
- Il n'y a aucun espoir réel que les actionnaires puissent arriver à percevoir une somme significative suite au processus de liquidation.

³⁹⁹ Cf. paragr. 219 *supra*.

⁴⁰⁰ Décret n° 3.332/2009 et Loi n° 8.196.

- OSM n'a reçu aucune indemnité de la Province en contrepartie de la résiliation du Contrat de concession.

380. Du point de vue de Sauri, les faits prouvés ont produit l'effet suivant :

- Sauri, une société française, était propriétaire, au travers d'AdM, une société argentine, d'une participation de 32,08 % dans OSM, une société argentine dont l'unique objet était l'exploitation du Contrat de concession ;
- En conséquence du décret promulgué par le Gouverneur de la Province, ordonnant l'intervention administrative avec la substitution des administrateurs, Sauri a perdu toute capacité à participer à la gestion et au contrôle d'OSM.
- En conséquence de la résiliation décrétée par le Gouverneur de la Province, OSM n'est plus titulaire du Contrat de concession et n'a perçu aucune indemnité.
- OSM est en voie de dissolution, sur proposition de l'administrateur judiciaire, du fait qu'elle était entrée dans une cause légale de dissolution, sans espoir de voir ledit processus entraîner un quelconque dividende en faveur des actionnaires.

B) Application de la norme

381. Les faits prouvés montrent que Sauri a été propriétaire à un moment donné, au travers d'OSM, d'une participation indirecte de 32,08 % dans la Concession pour la distribution d'eau potable et la prestation de services d'assainissement dans la Province de Mendoza, qu'OSM a été dépossédée de la Concession en vertu d'actes administratifs et législatifs adoptés par la Province, que la Province a octroyé cette Concession à une entreprise publique qu'elle contrôlait et qu'OSM se trouve dans un processus de liquidation, sans que Sauri n'ait perçu ni n'ait d'espoir de percevoir une quelconque indemnité.
382. D'après le Tribunal arbitral, ces agissements constituent des « mesures d'expropriation ou de nationalisation » incompatibles avec l'art. 5.2. de l'APRI, mesures qui ont été adoptées par la Province de Mendoza et dont la République argentine est internationalement responsable.
383. La décision de considérer que les mesures adoptées par la République argentine constituent une expropriation directe est fondée sur les motifs suivants :

Mesures d'expropriation...

384. La République argentine est responsable, conformément aux principes du droit international, des actes exécutés par la Province. La Province a adopté plusieurs mesures connexes (intervention administrative de la Concession, résiliation du Contrat, réadjudication de la Concession à Aysam, liquidation d'OSM) qui ont entraîné la dépossession du dit investissement (la participation indirecte dans le Contrat de concession) dont Sauri, un investisseur protégé, était titulaire. La dépossession a été provoquée :

- initialement par l'intervention administrative, une décision *iure imperii* de la Province qui a totalement écarté l'investisseur de la gestion et de l'administration d'OSM, et l'a privé de l'usage et de la jouissance de la Concession, usage et jouissance dont il bénéficiait grâce à sa participation dans OSM ;
- elle est devenue définitive lorsque la résiliation du Contrat de concession a été décrétée, ce qui a supposé la perte de la propriété de la Concession ;
- et la dissolution et la liquidation d'OSM ont finalement privé l'investisseur de tout espoir de percevoir une quelconque indemnité.

... et de nationalisation

385. Après l'expropriation, la Concession a été adjugée à une entreprise publique, sa réintégration dans le patrimoine de la Province et sa nationalisation au travers d'une entreprise publique étant ainsi consommées. L'État s'est donc approprié des biens et des droits qui avaient été expropriés à l'investisseur, ce qui renforce la conviction que les mesures adoptées ont un caractère expropriant⁴⁰¹. En réalité, ce qui s'est produit est que l'État provincial a pris la décision de renationaliser, au niveau de la Province de Mendoza, le secteur de l'eau potable et de l'assainissement. Nous nous trouvons clairement face à ce que l'art. 5.2 de l'APRI considère comme des « mesures de nationalisation ».

De nature souveraine

386. Les mesures adoptées par un État, pour pouvoir être qualifiées d'expropriation ou de nationalisation, doivent de plus avoir été exécutées dans l'exercice de pouvoirs souverains. Cette exigence est-elle satisfaite dans le cas d'espèce, où la Province a d'abord placé la Concession sous intervention administrative puis résilié le Contrat de concession et adjugé la Concession à une entreprise publique nouvellement créée ?
387. L'exercice de pouvoirs souverains est particulièrement évident dans l'acte de l'intervention. L'intervention est un pouvoir exceptionnel de nature administrative, dont seul un État peut disposer et qui fait partie des fonctions de police et/ou des pouvoirs réglementaires dont les administrations publiques disposent dans des secteurs déterminés. Ce pouvoir autorise l'État à interférer, pour des raisons d'intérêt public, dans la gestion et l'administration d'une entreprise privée, et lui permet même de destituer les gestionnaires désignés par les propriétaires, en les substituant par d'autres, nouveaux, nommés directement par les pouvoirs publics.
388. Dans le cas d'espèce, l'intervention administrative a été imposée au moyen de la promulgation du Décret n° 1690/2009⁴⁰² et le fondement juridique de ladite mesure doit être recherché – comme l'énonce son art. 1 – dans les pouvoirs spéciaux que la Loi n° 6.044

⁴⁰¹ La dualité dépossession/appropriation constitue une preuve *prima facie* que l'État a exproprié l'actif ; cf. ANDREW NEWCOMBE : « *The Boundaries of regulatory expropriation in International Law* », (2005) 20:1 ICSID REVIEW, p. 6, n. 19.

⁴⁰² Doc. S. 323.

octroie au Pouvoir exécutif. L'intervention était initialement prévue pour 180 jours ; elle a été prorogée deux fois, la première au moyen d'un décret et la seconde en vertu de la Loi spéciale n° 8.196⁴⁰³. À partir de l'intervention et pendant plus d'un an, le Pouvoir exécutif de Mendoza a assumé tous les pouvoirs au sein d'OSM, en excluant Sauri et les autres actionnaires, qui ont effectivement été dépossédés du contrôle de leur Entreprise concessionnaire. Comme il a déjà été exposé, il a été interdit, de manière drastique, aux dirigeants nommés par OSM de continuer dans l'entreprise⁴⁰⁴.

389. Les actes de résiliation du Contrat de concession et de transfert de la Concession à la nouvelle entreprise publique sont également des actes dictés *iure imperii* : l'art. 41 de la Loi n° 6.044 prévoit qu'une concession expirera si le concessionnaire ne remplit pas les obligations qu'il a contractées et que, dans ce cas, la résiliation « sera effectuée par le Pouvoir exécutif »⁴⁰⁵. La loi octroie donc au Pouvoir exécutif provincial la faculté de décréter à lui seul de l'expiration de la Concession, faculté dont une personne privée ne jouit pas dans des situations équivalentes. Nous nous trouvons à nouveau face à des pouvoirs souverains d'un État octroyés par la loi. La preuve en est que la résiliation du Contrat de concession a dû être officialisée par la promulgation d'une norme, le Décret n° 1541/2010⁴⁰⁶.
390. La réception et le transfert du service, une fois la Concession caduque, sont également des actes dans lesquels la nature publique prévaut : la Province fixe unilatéralement la date et désigne à qui le service doit être transféré ainsi que les biens et le personnel concernés. Le Contrat de concession, soulignant les pouvoirs de nature publique dont la Province est investie, ajoute qu'à la date désignée par l'Administration :
- « cesseront de plein droit tous les pouvoirs et toutes les facultés du Concessionnaire relatives à l'exploitation du Service, à l'administration et à la disposition des biens ainsi qu'à la gestion du personnel qui soit transféré »⁴⁰⁷. (Traduction du Tribunal)
391. Le Tribunal conclut par conséquent que l'ensemble des mesures d'expropriation adoptées par la Province : l'intervention administrative, la résiliation et le transfert de la Concession à la nouvelle entreprise concessionnaire, ne peuvent pas être considérées comme des actes privés, fondés sur les droits et les obligations découlant du Contrat de concession. La loi qualifie ces mesures et elles ont pu être adoptées précisément parce que la Province est une entité territoriale de la République argentine, avec un Pouvoir exécutif et un Pouvoir législatif propres ainsi que les pouvoirs souverains qui leurs sont inhérents.
392. En résumé : le Tribunal arbitral conclut que les mesures adoptées par la Province constituent une expropriation indirecte, et plus concrètement une nationalisation, aux effets de l'art. 5.2

⁴⁰³ Décret n° 3.332/2009 et Loi n° 8.196.

⁴⁰⁴ Cf. paragr. 193 *supra*.

⁴⁰⁵ L'art. 63 du Décret 911/95 portant application de la Loi n° 6.044 s'exprime en des termes similaires – Doc. A RA 79.

⁴⁰⁶ Doc. A RA 176.

⁴⁰⁷ Contrat de concession, art. 13.9.1.2.

de l'APRI. La question suivante que le Tribunal doit aborder est de savoir si ces mesures sont justifiées et donnent ou non le droit à Sauri d'être indemnisée pour le dommage subi.

2.5. Défenses alléguées par la République argentine

393. La Défenderesse a formulé une série d'arguments dans le but de justifier les mesures adoptées, de prouver que les mesures en question ne sont pas des mesures d'expropriation et d'affirmer que la Demanderesse n'a droit à aucune indemnité :

- Premièrement, la Défenderesse défend le fait que l'intervention et la résiliation étaient fondées sur le risque technique et la gravité de la situation du service offert par OSM, qu'elles avaient pour finalité la protection de la santé publique et qu'il s'agit de mesures légitimes exécutées dans le cadre des pouvoirs réglementaires et policiers (*infra A*).
- Deuxièmement, elle ajoute que, si la valeur de l'investissement appartenant à Sauri a été influencée, ceci était dû aux inexécutions graves et réitérées de la part d'OSM, dont Sauri doit assumer la responsabilité (*infra B*).
- Troisièmement, la République soutient que Sauri n'a pas subi d'expropriation puisqu'elle possède et qu'elle contrôle toujours les actions d'OSM, au point d'avoir pris part à la décision de liquider la société (*infra C*).
- Quatrièmement, la Défenderesse allègue que la décision de résilier le Contrat de concession est un exercice des droits contractuels et qu'il ne s'agit donc pas d'une mesure d'expropriation (*infra D*).
- Cinquièmement, la République argentine nie que le but ultime des mesures de la Province ait été de nationaliser le service, en affirmant que les Autorités de Mendoza ont fait de nombreux efforts pour maintenir la Concession (*infra E*).
- Finalement, la République argentine invoque pour sa défense l'état de nécessité en vertu du droit international général et de l'APRI (*infra F*).

A) Non-existence d'expropriation mais au contraire mesures légitimes exécutées dans le cadre des pouvoirs réglementaires et policiers

394. La République argentine a allégué que l'intervention administrative avait eu comme fondement le risque technique et la gravité de la situation du service rendu par OSM, qu'il s'agissait de protéger la santé publique et que ladite intervention a été réalisée conformément aux normes applicables, ce qui empêcherait de la qualifier de mesure d'expropriation⁴⁰⁸. Elle ajoute que les États ont une marge d'appréciation dans l'exécution de leurs obligations relatives au bien-être général, de sorte que la simple détermination de l'existence d'une privation est insuffisante pour obliger un État à indemniser.

395. Constituent des faits prouvés :

⁴⁰⁸ Réponse, paragr. 762 ; Duplique, paragr. 409.

- Au cours des cinq années qui ont suivi la déclaration de l'état d'urgence économique en 2002, le tarif approuvé en 1991 est resté en vigueur (avec une adaptation minimale pour des raisons fiscales). Au cours de cette période, OSM est entrée en état de pertes, les investissements ont baissé, l'infrastructure s'est détériorée et la qualité du service a nettement diminué. L'Entreprise concessionnaire a averti à maintes reprises la Province du risque imminent d'effondrement du service.
- Le second Protocole d'entente de 2007 a semblé mettre fin aux désaccords et aux tensions entre OSM et la Province : le tarif a été augmenté de 19,7 %, la méthodologie et la procédure de révisions futures des tarifs ont été fixées et il a été convenu que le Concessionnaire atteindrait certains niveaux annuels minimums d'investissements.
- L'entrée en vigueur du second Protocole (incluant l'augmentation de tarif de 19,7 %) a été reportée de près d'un an, exacerbant l'asphyxie financière d'OSM.
- Après l'entrée en vigueur du second Protocole, OSM a présenté, en avril 2008, une demande d'augmentation de tarif ; manquant clairement aux dispositions convenues dans ce second Protocole (qui prévoyait un délai de résolution de 30 jours), l'EPAS a retardé le processus de révision de cette demande jusqu'au mois de février 2009. Un rapport interne de l'EPAS de la même date versé au dossier confirme la convenance d'augmenter le tarif de 51,91 %. Malgré cela, l'EPAS a continué pendant six mois à refuser de proposer une augmentation de tarif au Pouvoir exécutif. Finalement, le 3 août 2009, l'EPAS a proposé au Pouvoir exécutif d'adopter deux décisions : la première, de procéder à l'intervention administrative d'OSM, et la seconde, d'augmenter le tarif de jusqu'à 51,91 %. Ce même jour, le Gouverneur a décrété l'intervention administrative d'OSM dans sa variante de substitution de la gestion privée, ainsi qu'une augmentation de tarif de 37 %.
- Le 1er mai 2010, le Gouverneur de la Province, dans son discours prononcé devant le Parlement concernant le programme, a annoncé son projet selon lequel « OSM doit repasser aux mains de l'État provincial ».
- Le Pouvoir exécutif provincial, en décrétant en juillet 2010 la résiliation du Contrat de concession et en transférant en septembre la Concession à Aysam, une société publique nouvellement créée, a exécuté ce principe inscrit au programme.

Les pouvoirs réglementaires de l'État

396. Le Tribunal coïncide avec la République argentine en ce que l'ordre juridique peut octroyer à l'État et à ses organismes régulateurs des pouvoirs spéciaux de réglementation et de police sur des entreprises participant dans certains secteurs économiques, lorsque le comportement incorrect d'une entreprise privée peut avoir des effets collatéraux nuisibles au bien commun : ainsi, la crise d'une banque ou d'un établissement de valeurs peut provoquer un risque systémique pour l'ensemble du secteur financier, ou les agissements irresponsables d'une entreprise prestataire de services de première nécessité peuvent dégénérer en risques graves pour la santé et le bien-être de la citoyenneté. Dans tous ces cas, il est justifié que l'État se réserve, pour la protection et au bénéfice de la société dans son ensemble, des pouvoirs

spéciaux lui permettant d'interférer dans la gestion, voire même dans la propriété, de l'entreprise privée afin de redresser la situation.

397. C'est la raison pour laquelle la Loi n° 6.044 octroie des pouvoirs exceptionnels à la Province, lui permettant de procéder à l'intervention administrative auprès d'une entreprise concessionnaire d'approvisionnement en eau et d'assainissement, si celle-ci manque gravement à ses obligations et qu'il n'existe pas d'autre possibilité de corriger l'irrégularité. Il semble également légitime que ladite loi réserve à l'État des pouvoirs spéciaux de résiliation d'une concession de services publics de première nécessité en défense de l'intérêt général. Dans les deux cas, la Loi n° 6.044 octroie à la Province ce que l'on appelle communément les « pouvoirs de police de l'État ».
398. Les pouvoirs de police, par définition, limitent la liberté des citoyens (et dès lors celle des investisseurs étrangers) de gérer, d'utiliser et de jouir de leurs investissements de la manière dont ils décideraient librement. Par conséquent, ils pourraient déboucher sur ce que l'art. 5.2 de l'APRI dénomme des « mesures équivalentes » à une expropriation, et que l'on connaît communément sous le terme d'expropriation réglementaire ou indirecte⁴⁰⁹. Le fait que l'exercice légitime de pouvoirs de police ne constitue pas un délit international est un principe général du droit international coutumier, communément accepté, et dans certains cas, il est même justifié que la personne lésée ne soit pas indemnisée⁴¹⁰.
399. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire *Saluka*. La Banque centrale tchèque avait décrété l'administration forcée d'une banque en crise et, malgré cela, le tribunal a estimé qu'il n'y avait pas eu d'expropriation en violation de l'APRI et méritant une indemnisation :

« In summary, the Tribunal finds, based on the totality of the evidence which has been presented to it, that in imposing forced administration of [the bank] on 16 June 2000, the Czech Republic adopted a measure which was valid and permissible as within its regulatory powers, notwithstanding that the measure had the effect of eviscerating Saluka's investment in [the bank] »⁴¹¹.

400. La question consiste à déterminer quand cet exercice est légitime et quand il est illégitime et quand, de plus, la non-indemnisation de l'expropriation est justifiée.

Exercice légitime des pouvoirs de police

401. L'exercice des pouvoirs de police est légitime s'il est réalisé conformément aux normes d'application générale, de manière non discriminatoire, de bonne foi et en défense de l'intérêt général, et sans que l'État ne se soit préalablement soustrait à ses obligations⁴¹².

⁴⁰⁹ Cf. OCDE : « 'Indirect Expropriation' And the 'Right to Regulate' in International Investment Law », document de travail, septembre 2004.

⁴¹⁰ Cf. JOSEPH L. SAX : « Takings and the Police Power » (1964-5) 74 Yale L.J. 36; ainsi que ANDREW NEWCOMBE, p. 31, *op. cit. supra* n. 401.

⁴¹¹ Paragr. 276.

⁴¹² Cf. *Saluka*, paragr. 255.

402. Dans le cas présent, la Province s'est clairement soustraite à ses propres obligations avant d'exercer des pouvoirs de police sur OSM. Le second Protocole d'entente était fondé sur un contrat bilatéral fondamental : la Province s'engageait à réviser les tarifs de la Concession quand une augmentation des coûts se produirait, en adaptant lesdits tarifs conformément à une méthodologie convenue, dans le cadre d'une procédure régulée avec des délais prédéterminés. En contrepartie, OSM assumait une série d'engagements en matière d'investissements, qui permettraient de corriger la situation d'infra-investissement et de quasi effondrement dans laquelle la Concession était tombée.
403. Pratiquement dès l'entrée en vigueur de l'accord, la Province n'a pas rempli sa partie du contrat. Le délai de 16 mois convenu pour approuver l'augmentation de tarif (qui faisait suite à un retard de près d'un an de l'entrée en vigueur du Protocole lui-même) est une durée qui dépasse largement la durée convenue et qui paraît, de toute évidence, excessive, surtout si l'on tient compte de la situation d'étranglement économique dans lequel se trouvait l'Entreprise concessionnaire, et le risque d'effondrement du service dont cette dernière avait averti à maintes reprises.
404. Le comportement de l'EPAS est particulièrement difficile à justifier : depuis février 2009, l'organisme régulateur était pleinement conscient que, conformément aux modalités convenues, une augmentation de 51,9 % du tarif était nécessaire ; et, malgré cela, il s'est abstenu de faire son devoir et de soumettre la proposition opportune à la Province. Le régulateur a attendu six mois de plus, jusqu'en août 2009, pour proposer formellement l'augmentation à la Province. De plus, il a proposé simultanément, dans le même accord, l'intervention administrative auprès d'OSM en choisissant, entre les deux possibilités d'intervention admises par la loi, la plus traumatisante. Autrement dit :
- Le régulateur, conscient que la hausse de tarif demandée était correcte et appropriée, a retardé son approbation, privant OSM des moyens auxquels elle avait droit et qui lui auraient permis de redresser la situation du service.
 - Il a ainsi provoqué la poursuite de la détérioration du service jusqu'à ce que l'intervention publique devienne inéluctable.
 - Finalement, l'EPAS a également sollicité, dans le même accord que celui où il proposait à la Province de procéder à l'intervention administrative auprès d'OSM, l'augmentation de tarif qu'OSM réclamait sans succès. Les moyens refusés de forme irrégulière à l'entreprise alors qu'elle était gérée de forme privée lui furent tout à coup accordés une fois la gestion transférée aux pouvoirs publics.
405. En résumé : le Tribunal estime que la gravité du non respect du second Protocole l'empêche d'accepter la défense de la République argentine selon laquelle ses agissements se sont limités à un usage légitime de ses pouvoirs de police.

Expropriations légitimes conformément à l'art. 5.2 de l'APRI

406. Toutefois, même si l'on estimait que les agissements de la Province peuvent s'inscrire dans le cadre d'un usage légitime de ses pouvoirs de police (ce qui n'est pas le cas), la Défenderesse

- n'en serait pas pour autant exemptée de son obligation d'indemniser Sauri pour l'expropriation subie.
407. En effet, l'art. 5.2. de l'APRI interdit, comme règle générale, aux pouvoirs publics d'adopter des mesures d'expropriation, de nationalisation ou équivalentes, mais il crée par la suite une exception : il considère comme légitimes les expropriations qui satisfont cumulativement quatre exigences :
- qu'elles aient pour cause l'utilité publique,
 - qu'elles ne soient pas discriminatoires ;
 - qu'elles ne soient pas « contraires à un engagement particulier » ;
 - et qu'elles donnent lieu au paiement d'une « indemnité prompte et adéquate ».
408. Le Tribunal arbitral ne nie pas que la Province soit habilitée, pour cause d'utilité publique, à intervenir, voire même à nationaliser le service public d'approvisionnement en eau et d'assainissement. Dans le cas d'espèce, il est légitime que la Province, face à l'indiscutable détérioration du service, réagisse en exerçant les pouvoirs exceptionnels que sa propre législation lui accorde.
409. Le Tribunal est également disposé à accepter que les mesures adoptées par la Province n'ont pas été discriminatoires, la Demanderesse n'ayant apporté aucune preuve démontrant le contraire.
410. Cependant, ni la troisième ni la quatrième exigence ne sont remplies.
411. Pour qu'une expropriation puisse être considérée comme légitime à l'effet de l'APRI, il faut que l'Autorité expropriatrice ait tenu les « engagements particuliers » convenus. Or, dans le cas d'espèce, ceci ne s'est pas produit car la Province n'a pas rempli l'engagement pris dans le second Protocole d'entente de réviser le tarif afin de refléter les augmentations de coûts. Par conséquent, les mesures adoptées par la Province ne pourraient en aucun cas être considérées comme une expropriation légitime à l'effet de l'APRI.
412. De plus, le deuxième paragraphe de l'art. 5.2. oblige l'État qui décrète une expropriation légitime à indemniser l'investisseur d'un montant calculé « sur la valeur réelle des investissements concernés ». Dès lors, la conclusion s'impose que, même dans le cas hypothétique où les mesures adoptées par la Province pourraient être considérées comme une expropriation légitime (ce qui n'est pas le cas), la République argentine n'en serait pas pour autant exonérée du paiement de l'indemnité prévue à Sauri.
413. En résumé : il est indiscutable qu'un État souverain, pour cause d'utilité publique et agissant en défense de ce qu'il estime être l'intérêt général, peut décider à tout moment de nationaliser un service public essentiel comme l'est l'approvisionnement en eau potable et l'assainissement. Mais, une fois l'investissement appartenant à un investisseur étranger protégé par l'APRI exproprié, l'État ne peut passer outre à son obligation internationale,

énoncée dans l'APRI lui-même, d'indemniser à leur valeur réelle les actifs dont elle a été privée, en particulier quand l'expropriation a été précédée d'une claire inexécution des engagements pris par la Province vis-à-vis de l'investisseur.

B) Appauvrissement de l'investissement dû à l'inexécution de la part d'OSM

414. La seconde allégation présentée par la République pour sa défense affirme que la perte de valeur de l'investissement subie par Sauri est la conséquence d'inexécutions réitérées et graves de la part du Concessionnaire. Elle ajoute que la situation de risque technique encourue par la Concession était due au manque d'investissements du Concessionnaire et que ces carences ont obligé la Province à procéder tout d'abord à l'intervention, puis à résilier ensuite le Contrat⁴¹³.
415. Le Tribunal coïncide avec l'appréciation de la République argentine qu'un investisseur ne peut prétendre à une indemnité d'un État pour les décisions qu'il a lui-même adoptées, le mauvais déroulement et le manque de planification de son activité⁴¹⁴. Mais les faits prouvés ne concordent pas avec ladite appréciation.

B.1. Allégation de manque d'investissement

416. En premier lieu, la République impute à la Demanderesse l'incontestable situation de risque technique dans lequel en est arrivée à se trouver la Concession en raison du manque d'investissements par cette dernière pendant la durée de vie de la Concession – aussi bien avant qu'après l'entrée en vigueur du second Protocole d'entente.

Structure de l'investissement

417. Pour analyser cette imputation, il est important de souligner la forme utilisée par la Province pour structurer l'appel d'offres : le consortium a payé un total de 150 M \$, dont 132 M \$ revenaient à la Province, et seulement 18 M \$ tombaient dans les caisses d'OSM. L'appel d'offres était ainsi très favorable à la Province dans la mesure où le montant versé par le consortium lui était principalement destiné, et ne l'était pas à l'amélioration des installations du Concessionnaire.
418. Les parties ont débattu le fait de savoir si le prix payé par le consortium IDA était ou non trop élevé⁴¹⁵. En réalité, ce n'est pas cet aspect qui est pertinent : Sauri, un opérateur expert et professionnel, conjointement avec les autres membres du consortium, ont offert 150 M \$ pour la Concession, un montant qui, selon eux, représentait la valeur véritable d'OSM. L'important est que 85 % de cette valeur est allée aux mains du vendeur, la Province, et 15 % seulement à la société vendue. Si les 150 M \$ payés avaient été utilisés pour capitaliser OSM, les problèmes dont souffrait la Concession et qui ont conduit à son intervention et à la résiliation ne se seraient probablement pas produits. L'élément transcendant n'est pas le montant total

⁴¹³ Réponse, paragr. 800.

⁴¹⁴ *Robert Aziniam*, paragr. 83 et *Waste Mangement II*, paragr. 177.

⁴¹⁵ Réplique, paragr. 14-15.

offert par le consortium dirigé par Sauri mais le fait que ce prix, dans son immense majorité, n'a pas été consacré au développement de la Concession, sinon au financement de la Province.

419. Cette répartition de ressources est particulièrement conflictuelle si l'on tient compte du fait que le Plan d'exploitation et d'expansion (PEE) exigeait de nouveaux investissements à la charge d'OSM, chiffrés à plus de 300 M \$, et que le marché public ne prévoyait pas que l'adjudicataire apporte de fonds à OSM à concurrence de plus des 18 M \$ initialement prévus. Ce marché était donc fondé sur une présomption : le Contrat de concession serait capable d'engendrer, grâce au tarif payé par les consommateurs de Mendoza, une marge de bénéfices telle qu'elle permettrait au Concessionnaire de récupérer les 132 M \$ payés à la Province et de financer le programme d'investissement de plus de 300 M \$ exigé par le PEE.
420. Ces objectifs financiers ont-ils été atteints ? Les plans prévus se sont avérés démesurément optimistes : en réalité, le tarif autorisé par la Province n'a jamais permis d'engendrer la marge de bénéfices attendue, le programme d'investissements prévu n'a jamais pu être appliqué avec les fonds engendrés, les possibilités d'obtenir un financement d'une tierce partie ont disparu avec la crise qui a touché l'Argentine à partir de 2002, la Concession a commencé à se détériorer par manque d'investissements et, finalement, la Province a dû procéder à l'intervention administrative auprès de l'entreprise et a fini par résilier le Contrat.

L'effet transactionnel du second Protocole

421. Il existe une deuxième raison pour laquelle la récrimination présentée par la République est irrecevable : la Défenderesse oublie son propre argument – accepté par le Tribunal – selon lequel le second Protocole d'entente avait déjà résolu tous les litiges relatifs à l'obligation d'investir et aux niveaux d'investissements exigés. Dès lors, l'effet de la chose jugée caractéristique de la transaction⁴¹⁶ interdit à la République de fonder son argumentation sur des agissements survenus avant l'adoption de ce second Protocole. Le seul point juridiquement pertinent est de savoir si les parties ont rempli les engagements qu'elles avaient assumés dans ce pacte transactionnel.
422. En dépit du retard de l'entrée en vigueur du second Protocole et malgré les retards s'étant produits dans le processus de révision des tarifs⁴¹⁷ c'est un fait prouvé qu'OSM a réussi à remplir les obligations d'investissement assumées, échouant uniquement sur un thème mineur : elle n'a pas rempli l'engagement d'investir 15 % seulement des investissements dans des biens matériels durables.

B.2. Allégation de non-paiement des sommes convenues

423. La République argentine accuse également la Demanderesse de ne pas avoir respecté, de manière générale, les obligations de paiement assumées. En la matière, les paiements antérieurs au second Protocole d'entente sont sans importance puisque dans l'accord

⁴¹⁶ Cf. *supra* paragr. 355 - 358.

⁴¹⁷ Cf. *supra* paragr. 165.

transactionnel, une reconnaissance générale des dettes historiques, un paiement par compensation et un engagement de paiement futur ont été convenus.

424. Que s'est-il passé après la signature du second Protocole ? Les faits prouvent que les deux parties sont immédiatement retombées dans le même type de comportement que celui qu'elles avaient adopté au cours des cinq années précédentes : la Province a cessé de payer à OSM les subventions pour les retraités et les personnes défavorisées correspondant aux trois exercices suivants, tandis qu'OSM n'a, à son tour, versé ni la redevance qu'elle devait à la Province ni les impôts provinciaux, ni les paiements dus au titre du prêt ENOHSA. L'inexécution étant réciproque, la Province ne peut se prévaloir de l'inexécution de la partie contraire⁴¹⁸.

B.3. Imputations contenues dans l'audit général

425. Le dernier argument concerne les accusations contenues dans le rapport de l'audit général.

426. Le décret ordonnant l'intervention administrative auprès d'OSM disposait que l'administrateur judiciaire réalise un audit général de l'entreprise, un énorme projet prévu en quatre phases, dont seules les deux premières ont réussi à être achevées avant la résiliation du Contrat⁴¹⁹. Après la seconde phase, l'audit effectue une évaluation dévastatrice du comportement d'OSM comme Concessionnaire du service public, lui imputant de graves inaccomplissements et irrégularités⁴²⁰.

427. Quelle valeur probatoire le Tribunal concède-t-il à ce document ?

428. Premièrement, il convient de souligner que l'audit souffre d'une grave déficience procédurale : ni OSM ni Sauri n'ont, à aucun moment, été entendues en audience. Sauri n'a eu connaissance du contenu de l'audit général qu'une fois préparé au travers de la page web de l'EPAS. L'omission d'audience est d'autant plus incompréhensible qu'après la décision de l'administrateur judiciaire de mettre en marche l'audit général, Sauri a désigné l'ingénieur Inglese, qui avait révisé les rapports émis par les universités en 2006, pour qu'il participe aux travaux. Une réunion a eu lieu le 2 septembre entre M. Inglese et l'administrateur judiciaire. M. Inglese lui a écrit à maintes reprises en lui demandant de participer⁴²¹ aux travaux d'audit, mais, malgré cela, il en a été complètement exclu.

429. Il existe un autre facteur supplémentaire qui aggrave la transcendance de l'absence d'audience : l'article 13.3.11 du Contrat de concession exigeait, sous réserve que

⁴¹⁸ Ce principe de droit international public a été établi par la CPJI dans l'arrêt sur la juridiction dans l'affaire *Factory at Chorzów* : « *It is, moreover, a principle generally accepted in the jurisprudence of international arbitration, as well as by municipal courts, that one party cannot avail himself of the fact that the other has not fulfilled some obligation or has not had recourse to some means of redress, if the former party has, by some illegal act, prevented the latter from fulfilling the obligation in question, or from having recourse to the tribunal which would have been open, to him* » ; (Allemagne c. Pologne), arrêt du 26 juillet 1927, 1927 PCIJ, (Sér. A), n° 9 (26 juillet), parag. 87, (Doc. AL RA 26, p. 24).

⁴¹⁹ Cf. paragr. 201 *supra*.

⁴²⁰ Décrits en détail au paragr. 202 *supra*.

⁴²¹ Doc. S 467 et 468.

l'inexécution ou l'infraction du Concessionnaire soient corrigibles, qu'avant de résilier le Contrat, OSM soit mise en demeure de sorte à pouvoir rectifier son inexécution et présenter des décharges. Dans le cas d'espèce, la Province a décidé de passer outre la formalité de mettre en demeure et de décréter la résiliation *inaudita parte*, en fondant sa décision sur le rapport de l'audit général – un rapport qui avait été élaboré sans avoir entendu la principale partie concernée.

430. Indépendamment des graves irrégularités procédurales qui affaiblissent la valeur de l'audit général, les faits ultérieurs à l'expropriation contredisent les conclusions atteintes et montrent clairement que c'est l'étranglement financier causé par un tarif de toute évidence insuffisant qui a entraîné la non-viabilité de la gestion d'OSM, et non pas ses inexécutions ou ses irrégularités. Aysam, la nouvelle entreprise concessionnaire, qui bénéficie d'un tarif de 37 % supérieur à celui qu'avait obtenu OSM, a dû reconnaître officiellement, dans un courrier adressé au Parlement régional, que ses revenus au cours de l'exercice 2011 seraient insuffisants pour financer les charges d'exploitation de la Concession, et qu'elle prévoyait un déficit d'exploitation de 43 M \$, qui devra être comblé à l'aide de subventions de la Province⁴²² – ainsi qu'un nouveau déficit, bien que moindre, pour 2012.

* * *

431. En conclusion, le Tribunal conclut que les faits prouvés ne démontrent pas ce qu'il fallait démontrer, à savoir qu'OSM a commis des inexécutions graves et réitérées de ses obligations en général, et du second Protocole d'entente en particulier, qui justifieraient les mesures d'expropriation adoptées par la Province.

C) Sauri n'a pas été expropriée puisqu'elle reste propriétaire des actions d'OSM

432. Troisièmement, la République soutient que Sauri n'a pas été expropriée puisqu'elle possède et qu'elle contrôle toujours les actions qu'elle avait dans OSM, au point d'avoir pris part à la récente décision de liquider la société⁴²³.
433. L'allégation ne saurait prospérer car elle est incompatible avec le champ de protection de l'APRI et parce que Sauri a également subi, en ce qui concerne sa propre participation dans OSM, les effets de l'expropriation.

Interprétation de l'APRI

434. Les investissements protégés par l'APRI sont définis dans l'article premier du Traité.
435. L'art. 1.1. b) précise que non seulement les participations directes et majoritaires dans des sociétés argentines doivent être considérées comme des investissements protégés, mais aussi les participations indirectes ou minoritaires. Autrement dit : un investisseur français ayant une participation indirecte et minoritaire dans une société argentine, comme c'est le cas de Sauri

⁴²² Cf. paragr. 227 *supra*.

⁴²³ Duplique, paragr. 429.

dans OSM, est considéré titulaire d'un investissement protégé et a le droit d'être indemnisé, si l'État ne respecte pas les garanties octroyées dans le Traité⁴²⁴.

436. En outre, les investissements protégés incluent également les « concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat » - art. 1.1.e) de l'APRI. Les concessions administratives font donc partie des actifs que le traité considère comme des investissements protégés et dont l'expropriation est protégée par la norme.
437. L'on déduit, par une simple interprétation littérale de ces deux préceptes, que le champ de protection du traité doit être considéré comme s'étendant à un investisseur qui possède une participation indirecte et minoritaire dans une société argentine, qui est, à son tour, propriétaire d'une concession. Étant donné que l'APRI étend sa protection aux investisseurs étrangers ayant des participations minoritaires dans des sociétés argentes, les délits qui engendrent une responsabilité peuvent concerner le propre actionariat de l'investisseur aussi bien que la société argentine participée. Pour formuler ceci plus concrètement dans le cas d'espèce : le champ de protection de l'APRI couvre tant l'expropriation des actions que Sauri possède dans OSM que l'expropriation de la Concession, qui constitue le seul actif appartenant à cette société argentine.
438. L'allégation de la République doit donc être déboutée car elle est contraire au champ de protection défini à l'art.1 de l'APRI⁴²⁵.

Argument subsidiaire

439. Qui plus est, même si l'on rejetait l'interprétation de l'art. 1 de l'APRI défendue par le Tribunal, l'argumentation de la République argentine ne pourrait pas non plus être acceptée.
440. La République allègue que pour constituer une infraction de l'APRI, les mesures adoptées doivent concerner directement les actions que Sauri possède dans OSM et que ce n'est pas le cas, car l'entreprise française reste formellement actionnaire de la société argentine.
441. L'argument ne convainc pas, parce que Sauri a également été expropriée. Avant les mesures adoptées par la Province, Sauri était titulaire d'une participation dans OSM, dont la valeur équivalait à la partie proportionnelle de la valeur de la Concession et, par suite de l'adoption des mesures, ladite participation a perdu la totalité de sa valeur. Sauri a donc subi une « mesure équivalente ayant un effet similaire de dépossession », définie à l'art. 5.2 de l'APRI, elle a été dépossédée de la totalité de la valeur de son investissement et elle aura le droit d'être indemnisée. Comme l'a dit le tribunal arbitral dans l'affaire *Starret* :

« [it] is recognized in international law that measures taken by a state can interfere with property rights to such extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even though the state does not purport to have

⁴²⁴ Comme l'avait déjà établi la Décision sur la juridiction, paragr. 85

⁴²⁵ Cf. Décision sur la juridiction, paragr. 87

expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner »⁴²⁶.

442. Par conséquent, même si l'on acceptait, *arguendo*, qu'il est nécessaire que les mesures d'expropriation contrevenant à l'art. 5.2 de l'APRI concernent l'actionnariat que Sauri possède dans OSM (ce qui n'est pas le cas), dans le cas d'espèce, un tel effet se serait produit sous forme de mesure équivalente.

D) Sauri n'a pas été expropriée et c'est au contraire l'État qui a exercé ses droits contractuels

443. Quatrièmement, la Défenderesse allègue que la décision de résilier le Contrat de concession est un exercice de droits contractuels et qu'elle ne peut donc pas constituer une mesure d'expropriation. L'application d'une clause contractuelle, même si elle se réfère à la résiliation du Contrat, ne pourra jamais être comparée à l'expropriation du Contrat contenant cette même clause⁴²⁷.
444. L'allégation doit être rejetée parce que les mesures d'expropriation adoptées par la Province constituent un ensemble : l'intervention d'abord, la résiliation ensuite, l'octroi de la Concession à Aysan et la dissolution d'OSM sur proposition de l'administrateur judiciaire. C'est l'enchaînement de ces actes qui a produit l'expropriation et la nationalisation du service. Les mesures adoptées par la Province ne sont pas de nature contractuelle car une contrepartie privée n'aurait jamais pu les adopter *ex contractu*⁴²⁸ : il s'agit d'actes exécutés dans l'exercice de pouvoirs souverains⁴²⁹.
445. En tout état de cause, la jurisprudence a réitéré le fait que l'annulation ou la résiliation d'un contrat ou d'une concession, en particulier quand il est prouvé que l'autorité administrative a exercé des pouvoirs souverains hors de portée de personnes privées, peut constituer une expropriation⁴³⁰.

E) La Province a redoublé d'efforts pour maintenir la Concession

446. Cinquièmement, la République argentine nie que le but ultime des mesures adoptées par la Province ait été de nationaliser le service ; elle explique que les Autorités de Mendoza ont fait

⁴²⁶ *Starret Housing Corporation c. République islamique d'Iran*, Iran-US C.T.R. N° 314-24-1, Sentence arbitrale du 14 août 1987, paragr. 154.

⁴²⁷ Duplique, paragr. 435.

⁴²⁸ Cf. *supra* paragr. 386 - 391.

⁴²⁹ Cf. IAN BROWNLIE, *op. cit. supra* n. 397, p. 547, où il explique que les inexécutions contractuelles d'un État donnent lieu à une responsabilité internationale s'il existe un déni de justice ou une expropriation contraire au droit international.

⁴³⁰ *Middle East Cement Shipping et Handling Co. S.A c. République arabe d'Égypte*, Affaire CIRDI n° ARB/99/6, Sentence arbitrale du 12 avril 2002, paragr. 104 (Doc. ASL 85) ; *Capital Bank ad c. Bulgarie*, Sentence T.E.D.H. du 24 novembre 2005, paragr. 130 ; *Parkerings-Compagniet AS c. République de Lituanie*, Affaire CIRDI n° ARB/05/8, Sentence arbitrale du 11 septembre 2007, paragr. 445 (Doc. AL RA 84) ; cf. également *supra* n. 396.

de nombreux efforts afin de laisser la Concession aux mains d'OSM, en arrivant à renégocier le Contrat de concession en pleine crise, et en acceptant une révision extraordinaire du tarif. Malgré tous ces efforts, le Concessionnaire a continué à ne pas respecter ses obligations, ce qui a fini par faire s'effondrer le service et a accéléré la nécessité d'intervenir et la résiliation⁴³¹.

447. Cet argument ne peut prospérer pour la simple raison que les faits prouvés ne se sont pas déroulés de la manière alléguée par la République.
448. Le Tribunal ne doute pas du fait que la Province ait fait de gros efforts en acceptant les termes et les conditions du second Protocole – tout comme, sans aucun doute, OSM. Dans toute transaction, l'accord exige que les deux parties cèdent sur certaines de leurs prétentions. Et le Tribunal ne doute pas non plus que la Province tout comme OSM aient signé le second Protocole de bonne foi et dans l'intention de le respecter. Mais une fois le document signé, la situation a changé.
449. Premièrement, la ratification indispensable tant de la part du Pouvoir exécutif que de la part du Pouvoir législatif a été retardée, jusqu'à requérir un délai de près d'un an pendant lequel la situation d'OSM n'a fait qu'empirer.
450. Ensuite, les sollicitudes légitimes de modification de tarif présentées par OSM ont été paralysées de forme irrégulière par l'EPAS pendant 15 mois, période au cours de laquelle la Concession est entrée en situation proche de l'effondrement. OSM n'a jamais pu bénéficier de l'augmentation de tarif de 51,9 % à laquelle elle avait droit. En conséquence, la Province n'a pas laissé la possibilité de vérifier si, avec les tarifs révisés conformément à la méthodologie convenue, OSM aurait été capable de redresser la situation. C'est ainsi qu'OSM s'est vue vouée à l'intervention. Et, dès la déclaration de l'intervention administrative, il est devenu évident que la procédure mènerait inexorablement à l'expropriation et à la nationalisation du service.

F) État de nécessité

451. La République invoque également pour sa défense l'état de nécessité en vertu du droit international général pour le cas hypothétique où le Tribunal considérerait que les mesures adoptées par les Autorités argentines constituent une violation de l'APRI⁴³². Elle explique que la situation de crise qui l'a frappée à partir de 2001 remplit les conditions pour être considérée comme un état de nécessité et l'exonérer de toute responsabilité internationale éventuelle, puisqu'elle remplit les conditions exigibles :
 - que l'État n'ait pas contribué à la situation de nécessité ;
 - que les mesures adoptées constituent le seul moyen de préserver des intérêts essentiels de l'État face à un grave danger de dissolution sociale et d'anarchie politique ;

⁴³¹ Duplique, paragr. 451.

⁴³² Réponse, paragr. 410.

- qu'un intérêt essentiel de l'État ne soit pas gravement touché ;
 - que l'APRI n'exclue pas la possibilité d'invoquer l'état de nécessité⁴³³.
452. La République a identifié les mesures sur lesquelles la défense de l'état de nécessité s'est appuyée : il s'agit des mesures exceptionnelles adoptées au début de l'année 2002 tant par l'État que par la Province, dont la première a été la Loi n° 25.261, dite d'« Urgence économique », qui déclarait « l'urgence publique en matière sociale, économique, administrative, financière et de taux de change » (traduction du Tribunal) et abrogeait la parité entre le peso et le dollar⁴³⁴. La Défenderesse ajoute qu'avec le passage du temps, « les effets de la crise se sont estompés » et que « le Concessionnaire et la Province de Mendoza, au travers d'une procédure de renégociation, ont réussi à signer deux Protocoles d'entente, par lesquelles elles ont compensé leurs obligations réciproques et réadapté le Contrat de concession aux nouvelles circonstances existantes »⁴³⁵. (Traduction du Tribunal)
453. La République argentine s'est également appuyée sur l'art. 5.3. de l'APRI, qui énonce ce qui suit :
- « Les investisseurs de l'une des Parties contractantes dont les investissements auront subi des pertes dues à la guerre ou à tout autre conflit armé, révolution, état d'urgence national ou révolte survenu sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie contractante, bénéficieront, de la part de cette dernière, d'un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres investisseurs ou à ceux de la nation la plus favorisée ».
454. La Défenderesse estime que le précepte transcrit prévoit expressément l'adoption de mesures d'urgence de la part d'un État, mesures qui peuvent même causer des pertes des investissements de l'autre partie contractante, et qu'il légitime l'action de l'État dans ces cas-là⁴³⁶.

Demanderesse

455. Pour sa part, Sauri prétend que les arguments de la République argentine soient rejetés car la grande majorité des violations du traité ne coïncident pas avec les mesures d'urgence adoptées par les Autorités argentines suite à la crise⁴³⁷. De plus, la Demanderesse allègue que la notion d'état de nécessité en droit international coutumier est particulièrement restrictive et que la République argentine n'a pas réussi à démontrer que les conditions exigées pour pouvoir se retrancher derrière une telle défense ont été remplies⁴³⁸. Elle ajoute que, même si

⁴³³ Réponse, paragr. 832.

⁴³⁴ Duplique, paragr. 465 et 471.

⁴³⁵ Duplique, paragr. 526.

⁴³⁶ Réponse, paragr. 546.

⁴³⁷ Réplique, paragr. 317.

⁴³⁸ Réplique, paragr. 327 et 328.

un tel objectif avait été atteint, la reconnaissance de l'état de nécessité n'exclurait en aucun cas l'obligation d'indemniser l'investisseur⁴³⁹.

456. En ce qui concerne l'interprétation de l'art. 5.3. de l'APRI, la Demanderesse signale que cette norme n'exclut pas les obligations de l'État hôte de protéger les investisseurs étrangers sinon qu'elle crée une obligation de non-discrimination spécifique dans les circonstances définies⁴⁴⁰.
457. Finalement, Sauri souligne que l'état de nécessité ne peut être admis que de forme temporaire. Or, selon la Demanderesse, il est incompréhensible que l'état de nécessité ait duré jusqu'au moment présent et puisse justifier toutes les violations de l'APRI commises par la Défenderesse à partir de 2002⁴⁴¹.

Le Tribunal arbitral

458. La République argentine a allégué que les mesures exceptionnelles adoptées au début de l'année 2002, dont la première a été la Loi n° 25.261 déclarant l'« urgence publique en matière sociale, économique, administrative, financière et de taux de change »⁴⁴² auraient provoqué une situation d'état de nécessité qui exclurait toute responsabilité internationale, tant par application des principes de droit international coutumier que par celle de l'art. 5.3. de l'APRI. La Demanderesse nie l'existence de l'état de nécessité et des conséquences que la République prétend tirer de son existence.
459. Le Tribunal arbitral constate que l'état de nécessité est une institution reconnue en droit international coutumier, comme l'a affirmé la Cour internationale de justice dans l'affaire *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*⁴⁴³ :

*« The Court considers, first of all, that the state of necessity is a ground recognized by customary international law for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation. It observes moreover that such ground for precluding wrongfulness can only be accepted on an exceptional basis. »*⁴⁴⁴

460. À l'effet du présent litige, il n'est pas nécessaire que le Tribunal effectue une analyse détaillée du concept, des exigences et des effets de la défense de l'état de nécessité, ni de la correcte interprétation de l'art. 5.3. de l'APRI. Pour qu'une mesure de l'État puisse bénéficier de l'existence de l'état de nécessité ou du traitement prévu à l'art. 5.3. de l'APRI, il faut qu'il existe un lien entre l'état de nécessité et ladite mesure : la mesure doit avoir été dictée à cause de l'état de nécessité et pour empêcher les effets pernicieux sur le bien commun qui, sans une telle mesure, se seraient produits.

⁴³⁹ Réplique, paragr. 344.

⁴⁴⁰ Réplique, paragr. 241.

⁴⁴¹ Réplique, paragr. 352.

⁴⁴² Duplique, paragr. 465 et 471; voir également le rapport du Prof. Roubini, du 9 mai 2011, expert de la Défenderesse, paragr. 18.

⁴⁴³ *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hongrie/Slovaquie), 1997 CIJ Reports 7, 40 paragr. 51. (Doc. AL RA 182).

⁴⁴⁴ Paragr. 51.

461. Dans le cas d'espèce, à partir de l'année 2009, la Province a adopté des mesures déterminées qui ont produit des effets d'expropriation et de nationalisation au préjudice d'OSM. Ces mesures sont très éloignées dans le temps de la date à laquelle la République allègue que l'état d'urgence s'est produit, à savoir début 2002. De nombreux indices montrent que plusieurs années avant de dicter les mesures d'expropriation, la situation en Argentine s'était normalisée et que l'état d'urgence avait disparu. L'indice le plus clair est que, en 2005, l'Argentine a réussi à restructurer sa dette souveraine et à sortir de la situation de *default*⁴⁴⁵. Dès lors, il semble difficile de défendre que la situation d'urgence n'avait pas été résolue⁴⁴⁶.
462. Il existe toutefois une deuxième raison qui interdit toute tentative de défense fondée sur l'état d'urgence décrété en 2002. La Défenderesse ajoute qu'avec le passage du temps, « les effets de la crise se sont estompés » (traduction du Tribunal) et que « le Concessionnaire et la Province de Mendoza, au travers d'une procédure de renégociation, ont réussi à signer deux Protocoles d'entente, par lesquels ils ont compensé leurs obligations réciproques et réadapté le Contrat de concession aux nouvelles circonstances existantes »⁴⁴⁷ (traduction du Tribunal). L'état d'urgence a donc provoqué la renégociation du Contrat de concession et cette renégociation a débouché sur une transaction qui a été formalisée dans le second Protocole d'entente. Dans ce contrat, les parties ont définitivement tranché toutes les mésententes dues à la situation d'urgence que l'Argentine a traversée à partir de 2002. Une fois le second Protocole signé, l'effet de la chose jugée forçait la possibilité que l'une des parties puisse exhumer, comme prétention ou comme défense, les questions déjà tranchées.
463. Il existe encore un troisième argument : la décision du Gouverneur de procéder à l'intervention auprès d'OSM est fondée sur les raisons identifiées par l'EPAS dans son rapport du 7 juillet 2009⁴⁴⁸. Ces raisons sont le mauvais état de certaines installations, l'inaccomplissement des objectifs, la faible pression de l'approvisionnement en eau, des problèmes de qualité, l'absence de plan de contingences, l'imposition d'amendes, l'inexécution d'obligations d'investir⁴⁴⁹ – autant de causes qui n'ont rien à voir avec l'état d'urgence économique décrété par l'État en 2002, mais qui concernent au contraire la gestion de la Concession par le Concessionnaire en 2008 et en 2009. Comme il n'existe aucun rapport, même lointain, de cause à effet entre l'état d'urgence et la mesure d'expropriation créatrice de responsabilité de droit international, la défense alléguée par la République argentine ne saurait prospérer.

⁴⁴⁵ Duplique, paragr. 530.

⁴⁴⁶ Comme semble le reconnaître l'Argentine elle-même : cf. Duplique, paragr. 530.

⁴⁴⁷ Duplique, paragr. 526.

⁴⁴⁸ Doc. S 341

⁴⁴⁹ Cf. II.16.6 *supra*.

3. **PRETENTIONS DE LA DEFENDERESSE POUR VIOLATION DES PRINCIPES DE TJE ET DE PSPE**

464. Le Demanderesse allègue non seulement que les agissements de la République argentine se sont traduits par une expropriation de son investissement mais aussi que la Défenderesse a également violé les principes de traitement juste et équitable (TJE) et de protection et sécurité pleines et entières (PSPE) garantis par les art. 3 et 5.1 de l'APRI. Malgré cela, dans sa réclamation d'indemnité, la Demanderesse ne différencie pas : elle demande une indemnité unique d'un montant de 143,9 M USD, aussi bien si le Tribunal fait droit à la demande principale de caractère expropriant que s'il admet la demande subsidiaire de violation des deux principes garantis dans l'APRI.
465. Le Tribunal a déjà fait droit à la demande principale présentée par la Demanderesse et a conclu que la Province de Mendoza avait adopté des « mesures d'expropriation ou de nationalisation » qui entrent en conflit avec l'art. 5.2. de l'APRI. En conséquence, on pourrait penser que l'examen des prétendues violations des principes de TJE et de PSPE est devenu superflu, puisque, quelle que soit la décision adoptée, elle n'aurait aucune pertinence dans le calcul de l'indemnité. Cependant, la Demanderesse a présenté une demande de caractère déclaratoire, sollicitant au Tribunal de déclarer que les principes de TJE et de PSPE ont été violés. Pour répondre à cette demande, le Tribunal doit analyser la question. Dans ce but, le Tribunal résumera brièvement les positions des parties (*infra* 3.1), pour ensuite étudier comme question préalable l'impact du second Protocole d'entente (*infra* 3.2), la réglementation de ces principes dans l'APRI (*infra* 3.3) et terminera par une analyse des allégations de violation des principes de TJE et de PSPE (*infra* 3.3 et 3.4).

3.1. **Position des Parties**

466. Dans sa Demande, Sauri argumente que la République argentine a violé son engagement international de garantir les principes de TJE et de PSPE à l'investissement protégé par l'APRI⁴⁵⁰. En particulier, la Demanderesse allègue, en ce qui concerne le TJE, que la Défenderesse a frustré ses attentes légitimes⁴⁵¹, n'a pas respecté ses obligations de transparence, d'impartialité et de respect des normes de procédure⁴⁵² et a adopté des mesures coercitives et de harcèlement⁴⁵³.
467. Quant au principe de PSPE, la Demanderesse défend que, en signant l'APRI, l'intention des parties était d'offrir une garantie de protection et de sécurité tant matérielles, de fait, que juridiques, en droit⁴⁵⁴. De plus, la brutalité avec laquelle l'intervention s'est déroulée, en incluant la participation de la police, l'interdiction de communiquer entre les employés et la

⁴⁵⁰ Demande, paragr. 222.

⁴⁵¹ Demande, paragr. 236.

⁴⁵² Demande, paragr. 254.

⁴⁵³ Demande, paragr. 264.

⁴⁵⁴ Demande, paragr. 274.

confiscation de leurs effets personnels, représentent une violation incontestable de l'obligation de garantir la PSPE⁴⁵⁵.

Réponse

468. La Défenderesse, pour sa part, nie avoir commis une telle violation de ses obligations internationales. Selon elle, l'obligation d'octroyer un TJE est textuellement limitée à la teneur du droit international, l'intention des parties n'ayant jamais pu être que le principe dépasse le « niveau minimal international »⁴⁵⁶. La jurisprudence suggère que le seuil à partir duquel le principe de TJE est violé est élevé⁴⁵⁷. Quant aux attentes légitimes, l'Argentine nie que le concept de TJE ait un rapport quelconque avec ledit concept, et ce d'autant plus que dans le cas d'espèce, le texte de l'APRI ne fait pas état du dit rapport⁴⁵⁸. De surcroît, il n'existe aucune preuve de l'existence de garanties, de promesses ou de déclarations extracontractuelles faites par la République en faveur de l'investisseur⁴⁵⁹, mais il en existe au contraire de ce qu'OSM a consenti les mesures d'urgence et le traitement donné par la Province de Mendoza en acceptant le second Protocole d'entente⁴⁶⁰, après un processus de renégociation transparent et mené à bien de bonne foi⁴⁶¹.
469. En ce qui concerne le principe de PSPE, la Défenderesse considère qu'il est inclus dans le « niveau minimal de traitement des étrangers défini par le droit international coutumier », niveau qui exige seulement que chacune des parties du traité maintienne un niveau de protection policière adéquat pour défendre les investisseurs contre l'autre partie⁴⁶². La Défenderesse allègue également que le principe de PSPE peut uniquement faire référence à une obligation de l'État de fournir une protection physique à l'investisseur, et jamais à une obligation de procurer une sécurité juridique à l'investissement, de créer une atmosphère juridique stable et un système judiciaire et administratif juste⁴⁶³. Finalement, la Défenderesse affirme que l'intervention administrative a été réalisée conformément à toutes les précautions juridiques nécessaires, sans actions de harcèlement ni de menace contre les dirigeants d'OSM⁴⁶⁴.

⁴⁵⁵ Demande, paragr. 277.

⁴⁵⁶ Réponse, paragr. 574.

⁴⁵⁷ Réponse, paragr. 584.

⁴⁵⁸ Réponse, paragr. 591.

⁴⁵⁹ Réponse, paragr. 604.

⁴⁶⁰ Réponse, paragr. 689.

⁴⁶¹ Réponse, paragr. 711.

⁴⁶² Réponse, paragr. 733.

⁴⁶³ Réponse, paragr. 742.

⁴⁶⁴ Réponse, paragr. 754.

Réplique

470. Dans sa Réplique, la Demanderesse insiste sur le fait que le niveau de traitement qu'exige l'art. 3 de l'APRI ne correspond pas au « niveau minimum international »⁴⁶⁵, et se réfère expressément aux décisions des tribunaux arbitraux dans les affaires *Vivendi II*⁴⁶⁶ et *Suez Vivendi / AWG*⁴⁶⁷. Sauri reconnaît qu'un État ne peut ni ne doit congeler le cadre juridique d'un investissement, mais dans le cas d'espèce, elle estime que les modifications partielles, injustes et déraisonnables imposées par les Autorités argentines sur des éléments concrets et objectifs qui avaient incité l'investisseur à investir sont incompatibles avec le principe de TJE⁴⁶⁸. La violation par l'Argentine de ses engagements de TJE est manifeste car toutes les attentes légitimes de Sauri, ancrées dans le cadre réglementaire, l'appel d'offres et le Contrat de concession, ont été frustrées par les Autorités argentines, qui ont pris la situation créée par leur propre inexécution comme prétexte pour orchestrer la renationalisation du service⁴⁶⁹.
471. La Demanderesse rejette également les arguments de la Défenderesse eu égard à la PSPE. Ce principe ne se réfère pas à la simple protection physique des étrangers, comme le prétend la République, mais inclut au contraire tant la sécurité physique que la sécurité juridique. L'État est tenu de veiller au respect du cadre réglementaire et juridique afin de respecter son obligation d'accorder la PSPE à l'investissement, et c'est ainsi que les Tribunaux en ont jugé dans les procédures *CME*⁴⁷⁰, *CSOB*⁴⁷¹, *Azurix*⁴⁷² et *Vivendi II*⁴⁷³.

Duplique

472. Dans la Duplique, la Défenderesse insiste sur le fait que l'obligation énoncée dans l'APRI d'assurer un TJE est expressément limitée au contenu des principes du droit international, raison pour laquelle l'intention des parties n'aurait jamais pu être que ce principe de TJE ait un contenu autonome. Son contenu est limité au « niveau minimum international »⁴⁷⁴, ce qui est conforme à l'interprétation que la Commission du libre-échange de l'Accord de libre-échange

⁴⁶⁵ Réplique, paragr. 276.

⁴⁶⁶ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal c. République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/97/3, Sentence arbitrale du 20 août 2007, paragr. 7.4.5-7.4.7 (Doc. ALS 48).

⁴⁶⁷ Affaires cumulées *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Vivendi Universal, S.A. c. République argentine*, Affaire CIRDI ARB/03/19, et *AWG Group c. République argentine* (CNUDMI), Décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010, paragr. 262 (Doc. ALS 98).

⁴⁶⁸ Réplique, paragr. 288.

⁴⁶⁹ Réplique, paragr. 302.

⁴⁷⁰ *Central European Media Enterprises (CME) c. République tchèque*, Arbitrage CNUDMI, Sentence arbitrale partielle du 13 septembre 2001, paragr. 613 (Doc. ALS 30).

⁴⁷¹ *Ceskoslovenska Obchodni Banka AS c. Slovaquie*, Affaire CIRDI n° ARB/97/4, Sentence arbitrale du 29 décembre 2004, paragr. 170 (Doc. ALS 90).

⁴⁷² *Azurix c. République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/01/12, Sentence arbitrale du 14 juillet 2006 (Doc. 406 et 408 (Doc. ALS 42)).

⁴⁷³ Réplique, paragr. 311.

⁴⁷⁴ Duplique, paragr. 310.

nord-américain (ALENA) a promulguée concernant l'art. 1.105 de l'ALENA. La République réitère qu'au cours du processus de renégociation, la Province de Mendoza a agi de bonne foi et que l'entrée en vigueur différée de la seconde Lettre d'intention ne peut en aucun cas donner lieu à une violation du principe de TJE⁴⁷⁵. Finalement, l'intervention administrative était une mesure de caractère exceptionnel face à la situation de risque technique dans laquelle la Concession se trouvait, une situation qu'OSM elle-même avait invoquée auparavant, et elle aurait été menée à bien conformément aux dispositions du Contrat de concession et au sein du cadre réglementaire⁴⁷⁶.

473. Quant au principe de PSPE, la République évoque la décision rendue dans l'affaire *Suez Vivendi/AWG*, qui conclut que ledit principe n'admet pas une interprétation extensive qui engloberait le maintien d'un environnement juridique et commercial stable. Néanmoins, même si l'on interprétait ce principe au sens large, il est certain que l'Argentine a à tout moment respecté ladite obligation, car les questions soulevées par Sauri sont de nature contractuelle et ont déjà été résolues dans le second Protocole d'entente⁴⁷⁷.

3.2. Une question préalable : la valeur juridique du second Protocole d'entente

474. Le Tribunal a déjà tiré la conclusion que le second Protocole représente une césure dans les relations entre les deux parties puisqu'elles sont arrivées à un accord transactionnel qui interdit qu'une des parties, qu'il s'agisse d'OSM et de Sauri ou de la République et de la Province, puisse exhumer des positions ou des circonstances antérieures, novées, résolues ou liquidées dans l'accord⁴⁷⁸. En conséquence, aucun des agissements imputables à la Défenderesse s'étant produits avant la signature du second Protocole, ne peut être pris en considération pour fonder une violation des engagements de TJE ou de PSPE. De ce fait, les allégations présentées par la Demanderesse relatives :

- aux mesures d'urgence adoptées par la République, y compris l'abandon de la parité entre le dollar et le peso ;
- au processus de renégociation de la Concession et son prolongement dans le temps et à la congélation des tarifs pendant ce temps ;
- à la non-actualisation du cadastre et à d'autres irrégularités présumées de la Province au cours de cette période ;
- à la signature et aux difficultés rencontrées pour que le premier Protocole d'entente entre en vigueur ;
- et, en général, à la frustration des attentes légitimes de Sauri au moment d'effectuer son investissement,

⁴⁷⁵ Duplique, paragr. 384.

⁴⁷⁶ Duplique, paragr. 391.

⁴⁷⁷ Duplique, paragr. 405.

⁴⁷⁸ Cf. paragr. 353-358 *supra*.

sont vouées à l'échec car elles ont été résolues pour cause d'accord transactionnel entériné dans le second Protocole d'entente. En acceptant le second Protocole et en mettant de cette manière fin au long processus de renégociation de la Concession, OSM a donné un statut de chose jugée à toutes les questions incluses dans l'objet de l'accord. Et Sauri s'est vue contrainte par l'action de sa filiale⁴⁷⁹.

475. Dès lors, la conclusion qui s'impose est que seuls les agissements de la République et de la Province postérieurs à la signature du second Protocole peuvent être pris en compte pour évaluer s'il y a eu violation des principes de TJE et de PSPE définis dans l'APRI.

Signature du second Protocole

476. Il convient de se poser une question subsidiaire : la signature du second Protocole pourrait-elle constituer une violation du principe de TJE ? La Demanderesse a allégué qu'OSM et, par conséquent, ses actionnaires, n'avaient pas eu d'autre possibilité que d'accepter les conditions pressantes du second Protocole, à la suite d'un ultimatum fixé par le Gouverneur, et que cette imposition de la part du gouvernement provincial pourrait constituer une violation du principe de TJE⁴⁸⁰. Sauri, comme preuve de l'imposition du dit gouvernement, apporte des déclarations dans lesquelles ce dernier aurait exigé publiquement, en novembre 2006, qu'OSM conclue l'accord dans un délai d'un mois, en menaçant d'adopter des mesures si elle ne le faisait pas⁴⁸¹.
477. L'allégation ne peut aboutir.
478. Il n'existe aucun indice que Sauri, une puissante entreprise multinationale, ait été obligée par la Province à signer le second Protocole d'entente contre sa volonté. L'entreprise française et l'entité publique territoriale avaient alors un même pouvoir de négociation, ce qui rend hautement improbable qu'OSM ait agi par force, sous les effets de l'intimidation. Il convient de croire que si OSM avait refusé de signer, le présent arbitrage, que Sauri avait déjà introduit mais qui était paralysé par accord entre les parties, aurait été réactivé plus tôt. De plus, la preuve apportée par la Demanderesse ne démontre pas ce qu'elle prétend prouver : les supposées déclarations intimidatrices du Gouverneur, dans lesquelles il aurait imposé un délai obligatoire d'un mois, datent de novembre 2006. En réalité, le second Protocole d'entente n'a été signé qu'en mai 2007, soit six mois après !

3.3. Réglementation du TJE et de la PSPE dans l'APRI

479. Les deux préceptes de l'APRI invoqués par la Demanderesse constituent le point de départ de l'analyse juridique, à savoir l'art. 3 :

« Chacune des Parties contractantes s'engage à assurer, sur son territoire et dans sa zone maritime, un traitement juste et équitable, conformément aux principes du droit

⁴⁷⁹ Cf. paragr. 358 *supra*.

⁴⁸⁰ Demande, paragr. 258.

⁴⁸¹ Doc. S 663, article du quotidien *Uno* du 10 novembre 2006.

international, aux investissements effectués par des investisseurs de l'autre Partie et à faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit, ni en fait »,

et l'art. 5.1 :

« Les investissements effectués par des investisseurs de l'une ou l'autre des Parties contractantes bénéficient, sur le territoire et dans la zone maritime de l'autre Partie contractante, d'une protection et d'une sécurité pleines et entières, en application du principe de traitement juste et équitable mentionné à l'article 3 du présent Accord »

480. En substance, l'art. 3 garantit aux investissements protégés « un traitement juste et équitable conformément aux principes du droit international » et l'art. 5.1. « une protection et une sécurité pleines et entières, en application du principe de traitement juste et équitable ». L'article 3 définit donc la règle générale (le principe de TJE) et l'art. 5.1. fait une application spécifique de ce principe général (puisque les PSPE sont garanties en application du principe supérieur de TJE).

481. À quoi l'APRI fait-il référence quand il en appelle aux principes de TJE et de PSPE ? La portée des deux concepts doit être établie à la lumière de l'art. 31.1. de la Convention de Vienne, qui dicte que

« 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. »

482. L'application de ces critères herméneutiques ne réussit toutefois pas à éclaircir beaucoup les choses, le résultat tend à être tautologique et à se circonscrire à la substitution des termes de l'APRI par d'autres termes tout aussi vagues. Tout ce que l'on peut induire de l'APRI est que tant le TJE que les PSPE sont des concepts juridiques indéterminés, qui imposent des règles de comportement aux États concernant les investissements protégés : ils interdisent qu'un État adopte des actes administratifs, législatifs ou judiciaires qui ne soient pas justes et équitables ou qui créent une absence de protection ou de l'insécurité. Et les États acceptent cette limitation de leurs pouvoirs souverains, induite par le contrat synallagmatique, dès lors que l'autre État contractant assume un engagement réciproque, et en étant convaincus que la promotion et la protection des investissements étrangers « stimule ... le développement économique »⁴⁸².

483. Le principe de TJE et de PSPE est différent du devoir des États de s'en tenir à leur propre législation et de tenir les engagements qu'ils ont assumés contractuellement vis-à-vis de tiers. Qu'un État ne respecte pas ses propres lois ou contrats ne constitue ni une condition nécessaire ni une condition suffisante pour que l'on considère que le principe de droit international de TJE ou de PSPE a été violé⁴⁸³. Le droit international ne couvre pas tous les non-respects normatifs ou contractuels d'un État dans toutes les circonstances – dans ce cas, la personne lésée doit chercher protection auprès du système judiciaire interne ; la protection de l'APRI n'entre en vigueur que lorsque la conduite de l'État, de par sa gravité et sa

⁴⁸² Comme le dit l'exposé des motifs de l'APRI

⁴⁸³ *Saluka*, paragr. 442.

transcendance, et de par le caractère souverain des actes, est incompatible avec la norme internationale.

484. En résumé : l'APRI reconnaît à l'investisseur un droit subjectif (l'art. 3 fait référence *expressis verbis* au « droit ainsi reconnu ») et une obligation réciproque de l'État, qui doit modérer sa conduite de sorte à ne priver « ni en droit, ni en fait » l'investisseur de son droit à un TJE ni à des PSPE.

Discrimination et caractère arbitraire

485. Les principes de TJE et de PSPE sont intimement liés aux interdictions de discrimination et de caractère arbitraire.

486. Pour qu'il existe une discrimination, il faut plus qu'un simple traitement différent. Il faut qu'un investissement soit traité de manière différente à d'autres situations similaires sans que cela soit justifié⁴⁸⁴, qu'il soit négativement influencé par des préjudices raciaux ou sectoriels⁴⁸⁵ ou que le traitement soit spécifiquement dirigé contre des investisseurs étrangers⁴⁸⁶.

487. Le caractère arbitraire a été décrit comme :

- « [F]ounded on prejudice or preference rather than on reason or fact »⁴⁸⁷ ;
- « ...[C]ontrary to the law because...[it] shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety »⁴⁸⁸ ;
- « [W]ilful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises a sense of judicial propriety »⁴⁸⁹ ;
- Ou comme une conduite qui « manifestly violate[s] the requirements of consistency, transparency, even-handedness and non-discrimination »⁴⁹⁰.

488. Schreuer a déterminé (et le Tribunal dans *EDF c. Roumanie*⁴⁹¹ a accepté) que doit être considérée comme ayant un caractère arbitraire :

⁴⁸⁴ *Saluka*, paragr. 313.

⁴⁸⁵ *Waste Management II*, paragr. 98.

⁴⁸⁶ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International INC. c. République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/02/1, Décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006 (AL RA 163).

⁴⁸⁷ *Ronald S. Lauder c. République tchèque*, Arbitrage CNUDMI, Décision finale du 3 septembre 2001, paragr. 221 (AL RA 150).

⁴⁸⁸ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. États-Unis mexicains*, Affaire CIRDI n° ARB/00/2, Sentence arbitrale du 29 mai 2003, paragr. 154 (AL RA 149).

⁴⁸⁹ *Loewen Group. Inc and Raymond L. Lowen c. États-Unis d'Amérique*, Affaire CIRDI n° ARB/98/3, 26 juin 2003, paragr. 131 (AL RA 45).

⁴⁹⁰ *Saluka*, paragr. 307.

« [A.] a measure that inflicts damage on the investor without serving any apparent legitimate purpose;
[B.] a measure that is not based on legal standards but on discretion, prejudice or personal preference;
[C.] a measure taken for reasons that are different from those put forward by the decision maker;
[D.] a measure taken in willful disregard of due process and proper procedure ».

* * *

489. Une fois les concepts clarifiés, il est nécessaire d'analyser les trois grandes questions soulevées par les parties en cette matière :

- Premièrement, il a été discuté si le TJE défini dans l'APRI constitue un principe autonome ou s'il coïncide avec le « niveau minimal de traitement dû aux étrangers selon le droit international coutumier » (*infra* A) ;
- deuxièmement, si les attentes légitimes de l'investisseur doivent ou non être prises en compte (*infra* B) ; et
- troisièmement, si la norme de PSPE garantit uniquement la sécurité physique ou si elle garantit aussi la sécurité juridique (*infra* C).

A) Niveau minimal de traitement selon le droit international coutumier

490. L'article 3 de l'APRI stipule que le TJE devant être donné aux investisseurs protégés est défini « conformément aux principes du droit international ». Suite à cette précision normative, la Défenderesse allègue que le principe de TJE est textuellement limité au contenu du droit international, au motif de quoi l'intention des parties n'a jamais pu être que le niveau dépasse le niveau minimal international⁴⁹² - un niveau de TJE particulièrement exigeant pour que l'on puisse décréter que l'État l'a transgressé⁴⁹³. La Demanderesse insiste au contraire sur le fait que le niveau de traitement qu'exige l'art. 3 de l'APRI ne coïncide pas avec le « niveau minimal coutumier », sinon qu'il constitue un principe autonome⁴⁹⁴.

491. En réalité, la question de savoir si le « traitement juste et équitable conformément aux principes du droit international » défini dans l'APRI coïncide ou non avec le niveau dit « minimal de traitement dû aux étrangers selon le droit international coutumier » constitue une discussion plutôt dogmatique et conceptualiste. Dans le fond, ce dont les parties discutent est l'exigence ou non d'un élément volitif renforcé dans la conduite de l'État.

⁴⁹¹ *EDF (Services) Limited c. Roumanie*, Affaire CIRDI n° ARB/05/13, Sentence arbitrale du 8 octobre 2009, paragr. 303 (AL RA 95) ; le professeur Schreuer a participé à cet arbitrage en qualité d'expert et son opinion a été acceptée et citée par le Tribunal.

⁴⁹² Réponse, paragr. 574.

⁴⁹³ Réponse, paragr. 584.

⁴⁹⁴ Réplique, paragr. 276.

492. La Défenderesse prétend que la conduite de l'État, pour violer l'art. 3 de l'APRI, doit inclure un dol, une mauvaise foi, un outrage, une volonté de léser les intérêts de l'investisseur protégé. Elle fonde sa position sur une ancienne décision de la Commission générale de réclamations entre le Mexique et les États-Unis qui a, en 1926, jugé l'affaire *Neer*⁴⁹⁵. La République argentine entend que dans ladite décision, le « niveau minimal de traitement dû aux étrangers selon le droit international coutumier » est défini et que, comme la décision l'énonce, la conduite de l'État, pour constituer une infraction, exige des circonstances aggravantes telles que l'outrage, la mauvaise foi, l'abandon malintentionné d'obligations ou une autre conduite exceptionnelle. La Demanderesse nie cette conclusion.
493. En réalité, savoir si le « niveau minimal coutumier » exige les éléments volitifs renforcés qui sont mentionnés dans la décision de l'affaire *Neer* n'est pas clair, tout du moins si la violation est produite par des actes administratifs et législatifs, comme c'est le cas ici. Il semble que pour ce type de conduite, la décision pertinente n'est pas la décision *Neer* mais la décision *Roberts*⁴⁹⁶, une autre décision de la Commission générale de réclamations entre le Mexique et les États-Unis, également de l'année 1926⁴⁹⁷. Dans l'affaire *Roberts*, le niveau minimal a été défini comme le niveau exigé « *in accordance with ordinary standards of civilization* » :

*« Facts with respect to equality of treatment of aliens and nationals may be important in determining the merits of a complaint of mistreatment of an alien. But such equality is not the ultimate test of the propriety of the acts of authorities in the light of international law. That test is, broadly speaking, whether aliens are treated in accordance with ordinary standards of civilization. We do not hesitate to say that the treatment of Roberts was such as to warrant an indemnity on the ground of cruel and inhumane imprisonment »*⁴⁹⁸.

Selon cette interprétation, les exigences renforcées de *Neer* seraient réservées aux cas de déni de justice.

494. Quelle que soit l'interprétation correcte du « niveau minimal coutumier » en 1926, on ne peut douter qu'avec le temps, ce niveau a dû évoluer et se perfectionner. Quand l'art. 3 de l'APRI définit le TJE « conforme aux principes du droit international », le traité se réfère aux dits principes tels qu'on les comprend actuellement. Et, actuellement, l'interprétation selon laquelle le principe n'exige pas d'élément volitif renforcé dans la conduite de l'État

⁴⁹⁵ *L.F.H. and P.E. Neer (U.S.A) c. États-Unis mexicains*; Décision du 7 octobre 1926 ; *U.N. Report of International Arbitral Awards*, IV, p. 60. Cf. Réponse, paragr. 580 à 587, en s'appuyant sur l'affaire *Glamis*, paragr. 616 ; et Duplique, paragr. 308 à 316, en s'appuyant sur l'affaire *Cargill, Incorporated c. États-Unis mexicains*, Affaire CIRDI n° ARB/05/2, Sentence arbitrale du 18 septembre 2009 paragr. 286 (AL RA 227), dans les deux cas par renvoi à l'affaire *Neer*.

⁴⁹⁶ Cf. *Joseph C. Lemire c. Ukraine*, Affaire CIRDI n° ARB/98/1, Décision sur la compétence et le principe de responsabilité du 14 janvier 2010, paragr. 248 (Doc. ALS 94) ; voir également PAULSSON/PETROCHILOS : « *Neer-ly Misled?* » *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* (2007), vol.22.2, p. 242-257.

⁴⁹⁷ *Harry Roberts c. États-Unis mexicains*; Décision du 2 novembre 1926, *U.N. Report of International Arbitral Awards*, IV, p. 71.

⁴⁹⁸ *Roberts*, paragr. 8.

offenseur⁴⁹⁹ est pratiquement unanime. Par conséquent, il est devenu indifférent que le concept de TJE soit interprété conformément à son « sens courant », comme l'exige la Convention de Vienne, ou conformément au droit international coutumier ; dans les deux cas, le niveau de conduite exigible de l'État est le même et il ne requiert pas d'élément volitif renforcé.

B) Attentes légitimes de l'investisseur

495. Une autre question ayant fait l'objet de débat entre les parties est de savoir si les attentes légitimes de l'investisseur au moment de réaliser son investissement doivent ou non être prises en compte pour définir les principes de TJE et de PSPE exigibles de l'État. La Demanderesse allègue avoir développé une attente légitime de ce que la République argentine maintiendrait un environnement juridique stable, transparent et uniforme, et que ledit cadre légal ne serait pas modifié de manière déraisonnable et capricieuse, comme l'aurait démontré la réalité des faits⁵⁰⁰. La Défenderesse nie au contraire que le concept de TJE ait un rapport quelconque avec lesdites attentes légitimes de l'investisseur, en particulier dans le cas d'espèce où le texte de l'APRI ne parle pas de cette relation. De surcroît, il n'existe aucune preuve de l'existence de garanties, de promesses ou de déclarations extracontractuelles faites par la République en faveur de l'investisseur⁵⁰¹.
496. Le lien entre les principes de TJE et de PSPE et la notion d'attentes légitimes acquiert de l'intérêt quand un investisseur allègue que l'État a modifié arbitrairement le cadre légal existant et que, ce faisant, il a violé ses engagements de TJE et de PSPE. Dans de telles situations, il est fréquent que les tribunaux arbitraux utilisent le principe de protection des attentes légitimes pour arguer que la stabilité et la prévisibilité du cadre légal sont garanties par les principes de TJE et de PSPE⁵⁰². Cet argument acquiert une force particulière lorsque l'APRI inclut dans son exposé des motifs une déclaration selon laquelle le TJE exige le maintien d'un cadre stable pour l'investissement – chose fréquente dans les traités signés par les États-Unis⁵⁰³. Dans la présente affaire, l'APRI entre la France et l'Argentine ne fait pas

⁴⁹⁹ *Azurix*, paragr. *Mondev International Ltd c. États-Unis d'Amérique*, Affaire CIRDI n° ARB/99/2, Sentence arbitrale du 11 octobre 2002, paragr. 123 (Doc. ASL 31) ; *Loewen*, paragr. 132 ; *Waste Management II*, paragr. 98 ; *Tecmed*, paragr. 154 ; *Siemens A.G. c. République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/02/8, Sentence arbitrale du 6 février 2007, paragr. 299 (Doc. ASL 46) ; *CMS Gas Transmission Company c. République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/01/8, Sentence arbitrale du 12 mai 2005, para 280 (Doc. AL RA 23) ; *contra Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. et A.S. Baltoil c. Estonie*, Affaire CIRDI n° ARB/99/2, Sentence arbitrale du 25 juin 2001, paragr. 367 et 371 (Doc. AL RA 69), qui exige une : « *willful neglect of duty, an insufficiency of action falling far below international standards or even subjective bad faith* ».

⁵⁰⁰ Demande, paragr. 236.

⁵⁰¹ Réponse, paragr. 591.

⁵⁰² *Total*, paragr. 114.

⁵⁰³ *LG&E Energy*, paragr. 124 et 125 ; *Enron Corp. et Ponderosa Assets L.P. c. République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/01/3, Sentence arbitrale du 22 mai 2007, paragr. 259 (AL RA 21) ; *Lemire*, paragr. 264.

état de cette mention, ce qui n'a pas empêché plusieurs sentences de reconnaître également dans ce cas le lien entre TJE et PSPE d'une part, et les attentes légitimes de l'autre⁵⁰⁴.

497. Dans le cas d'espèce, toutefois, il n'est pas nécessaire que le Tribunal adopte une position formelle sur cette question.
498. Le lien entre les attentes légitimes et les principes de TJE et de PSPE est pertinent seulement lorsque les actes supposés transgresseurs commis par l'État consistent en des modifications du cadre légal garanti à l'investisseur. Dans le présent arbitrage, toutes les prétentions de cette nature ont été tranchées dans le second Protocole d'entente, qui a mis fin, d'un commun accord, aux mésententes entre Sauri et la République provenant des mesures d'urgence, de la renégociation de la Concession, de son prolongement dans le temps et de la congélation du tarif entre-temps⁵⁰⁵. Lesdites réclamations résolues, seuls les faits postérieurs à la signature du second Protocole d'entente pourraient donner lieu à une violation des principes de TJE et de PSPE, à savoir le retard dans son entrée en vigueur, le refus d'augmenter les tarifs et les actes postérieurs d'intervention administrative, de résiliation et de dissolution et liquidation d'OSM. Dans l'analyse de ces faits, les attentes d'OSM sont totalement dépourvues de pertinence : ce qui est déterminant est si la conduite adoptée par la Province a enfreint ou non les principes de TJE et de PSPE.

C) Champ de protection du principe de PSPE

499. Le troisième élément objet de discussion entre les parties a été le champ de protection que le principe de PSPE octroie. Selon la Défenderesse, ce principe exige uniquement que chaque État maintienne un niveau de protection physique adéquat pour défendre les investisseurs contre l'autre partie⁵⁰⁶. La Demanderesse prétend, au contraire, que cette norme inclut aussi bien la sécurité physique que la sécurité juridique : l'État est tenu de veiller à ce que le cadre réglementaire et légal soit respecté et non modifié de manière arbitraire⁵⁰⁷.
500. L'art. 5.1 de l'APRI garantit les PSPE « en application du principe de traitement juste et équitable mentionné à l'art.3 ». Dans son sens ordinaire – premier principe herméneutique de la Convention de Vienne – la PSPE constituent donc une espèce au sein du genre du TJE, qui est applicable si la sécurité de l'investissement est menacée par la violence physique ou des troubles civils⁵⁰⁸. L'État sera responsable s'il n'a pas adopté les mesures de protection que la prudence exige afin de protéger la propriété étrangère objet du traité.
501. Il a été longuement discuté pour savoir si le champ de protection primaire, qui couvre uniquement la sécurité physique, peut s'étendre également à la sécurité juridique. Si l'on

⁵⁰⁴ *Total*, paragr. 116 ; *Suez* paragr. 228 ; à l'encontre, néanmoins, de l'avis individuel de l'arbitre Pedro Nikken dans l'affaire *Suez*, paragr. 20.

⁵⁰⁵ Cf. paragr. 360 - 361 *supra*.

⁵⁰⁶ Réponse, paragr. 742.

⁵⁰⁷ Réplique, paragr. 311.

⁵⁰⁸ *Saluka* paragr. 483, avec référence à d'autres décisions.

accepte cette extension⁵⁰⁹, les modifications arbitraires du cadre légal et réglementaire pourraient également entraîner des violations du principe de PSPE. À l'effet du présent arbitrage, il n'est pas nécessaire que le Tribunal élucide cette question : les seuls faits allégués qui pourraient donner lieu à une violation du principe de PSPE sont les actes de violence physique que, selon Sauri, la Province aurait commis lors de l'intervention administrative auprès d'OSM. Il ne fait aucun doute que ces actes, s'ils se sont réellement produits, peuvent être classés dans le concept plus traditionnel et plus strict du principe de PSPE.

3.4. Violation du principe de TJE

502. Constituent des faits prouvés⁵¹⁰ :

- le second Protocole d'entente ayant été signé le 17 mai 2007, son entrée en vigueur a été retardée de près d'un an, jusqu'au mois de mars 2008, pour des raisons bureaucratiques et politiques imputables à la Province ;
- au cours de cette période, le tarif de 1991 est resté en vigueur ;
- en avril 2008, OSM a présenté une demande de révision de tarif pour augmentation des coûts. L'EPAS devait émettre un rapport préalable à ce sujet, dans un délai imparti de 30 jours, pour ensuite le faire suivre au Pouvoir exécutif provincial ;
- en février 2009, l'EPAS a approuvé un rapport interne, prévu dans le second Protocole, reconnaissant que la demande d'OSM était justifiée et que le tarif devait être augmenté de 51,91 % ;
- bien qu'étant arrivé à cette conclusion, l'EPAS a retardé de six mois de plus la soumission de l'augmentation de tarif au Pouvoir exécutif. Pendant ce temps, le tarif calculé en juillet 2006 a continué d'être appliqué ;
- finalement, le 3 août 2009, le directoire de l'EPAS a présenté le rapport au Pouvoir exécutif. Lors de cette réunion, le directoire a également proposé au Gouverneur de procéder à l'intervention administrative auprès d'OSM.
- Le Gouverneur a réagi le jour même en autorisant l'intervention et en décrétant une augmentation tarifaire de 37 %⁵¹¹

503. Selon le Tribunal arbitral, les faits prouvés sont constitutifs d'une violation du principe de TJE garanti par l'APRI, violation que la Province et l'EPAS ont commise et qui entraîne la responsabilité de la République au regard du droit international. Cette conclusion est fondée sur les motifs suivants :

⁵⁰⁹ Comme l'ont fait, entre autres, *Azurix* paragr. 408 et *Vivendi II* paragr. 7.4.15.

⁵¹⁰ Cf. paragr. 219 *supra*.

⁵¹¹ Il s'agit du pourcentage le plus bas proposé par l'EPAS.

Évaluation de la conduite

504. En 2002, une situation d'urgence économique a frappé la République argentine. Une renégociation de la Concession a alors commencé, qui allait durer cinq ans pendant lesquels les tarifs historiques sont restés en vigueur. OSM a été disposée à accepter la renégociation de la Concession proposée par la Province et à signer le second Protocole d'entente, convaincue que les Autorités provinciales respecteraient les conditions convenues et qu'ainsi, la situation de débâcle financière et, par conséquent technique, dont souffrait la Concession serait résolue. Les deux principales mesures que la Province s'est engagée à mettre en œuvre étaient :
- une première augmentation du tarif de 19,7 % afin de refléter les augmentations de coûts jusqu'en juillet 2006, qui devait avoir lieu lors de l'entrée en vigueur du second Protocole et
 - l'acceptation d'un système de modification des tarifs, qui reflétait convenablement les augmentations des coûts, selon une méthodologie, une procédure et des délais convenus.
505. La réalité prouve que les dispositions du second Protocole sont entrées en vigueur pratiquement un an après et que le système de modification des tarifs n'a jamais été appliqué pendant le temps que Sauri a continué à contrôler OSM. Cela s'est produit ainsi parce que les Autorités provinciales ont adopté une démarche qui, selon le Tribunal, est incompatible avec les exigences d'une gestion publique consciencieuse, impartiale et respectueuse des droits de l'administré :
- le retard pris par l'entrée en vigueur du second Protocole a dépassé, de toute évidence, le maximum pouvant être attendu et a été dû à des causes bureaucratiques et politiques dont l'entière responsabilité est imputable à la Province ;
 - après la présentation d'une demande d'augmentation de tarif par OSM en avril 2008, l'EPAS disposait d'un délai imparti de 30 jours pour présenter son rapport préalable obligatoire au Pouvoir exécutif provincial ; dans les faits, l'EPAS a mis 15 mois à présenter le rapport, en août 2009 ; ce retard paraît excessif ;
 - de plus, ce retard est non seulement excessif mais aussi injustifiable : depuis février 2009, l'EPAS disposait d'un rapport interne reconnaissant que la demande d'augmentation de tarif était justifiée et que celui-ci devait être incrémenté de 51,91 % ; malgré cela, l'EPAS a mis six mois à présenter la proposition au Pouvoir exécutif, aucune cause justificative n'ayant été prouvée ;
 - il a été amplement démontré que pendant toute cette période, l'EPAS et la Province étaient pleinement conscientes de l'asphyxie financière d'OSM et de la détérioration progressive du service, qui a dégénéré au point d'arriver à une situation de débâcle quasi totale ;
 - on en veut pour preuve que dans son discours officiel prononcé le 1er mai 2011 devant le Parlement régional, le Gouverneur a déclaré qu'OSM se trouvait dans « une situation critique par suite d'années de laisser-aller dans sa gestion privée » et a annoncé que « la Concession devait revenir aux mains de l'État » ; il convient de rappeler qu'à ce moment-

là, une révision de tarif demandée 13 mois auparavant était en attente, et qu'il y avait trois mois que l'EPAS avait émis un rapport interne reconnaissant que la demande d'augmentation de tarif était justifiée et que celui-ci devait être incrémenté de 51,91 % ;

- finalement, il est très révélateur que lors de la réunion du directoire de l'EPAS, tenue le 3 août 2009, où la demande d'augmentation de tarif a enfin été présentée au Pouvoir exécutif, il ait en même temps été proposé au Gouverneur de procéder à l'intervention administrative auprès d'OSM, proposition qui a été acceptée par ce dernier.

506. Les faits décrits sont autant d'indices qui prouvent que les Autorités provinciales – le Pouvoir exécutif et l'EPAS - ont décidé de retarder les augmentations de tarif auxquelles OSM avait droit, acceptant consciemment son asphyxie financière et l'aggravation de la situation de débâcle du service pour ainsi précipiter une intervention qui conduise à la résiliation de la Concession et à la renationalisation du service. Une conduite de ce type est de toute évidence incompatible avec le principe de TJE exigé par l'APRI⁵¹².
507. Le Tribunal souligne le fait que la conduite de la République ne se limite pas à une inexécution des obligations de nature contractuelle assumées dans le second Protocole et dans le Contrat de concession sinon que, OSM étant une entreprise supervisée et ses tarifs étant assujettis à une autorisation administrative, cette conduite doit s'inscrire dans le cadre de l'exercice de pouvoirs de supervision par l'EPAS et de l'exercice de pouvoirs souverains par la Province.

3.5. Violation du principe de PSPE

508. Sauri allègue que la brutalité avec laquelle il a été procédé à l'intervention administrative auprès d'OSM, avec la participation de la police et d'autres actes de violence physique, représente une violation du principe de PSPE garanti dans l'APRI⁵¹³. La République insiste au contraire sur le fait que l'intervention a été menée à bien conformément à toutes les précautions légales, sans actes de harcèlement ni de menace⁵¹⁴.
509. Le Tribunal arbitral coïncide avec la position maintenue par la Défenderesse et, sur ce point, rejette la demande de Sauri.

⁵¹² La conclusion du Tribunal est cohérente avec les décisions adoptées par d'autres tribunaux dans des cas similaires : le Tribunal, dans *Impregilo S.p.A. c. République argentine*, Affaire CIRDI ARB/07/17, Sentence arbitrale du 21 juin 2011, a également conclu que l'inexécution par la République argentine de son obligation de préserver l'équilibre financier de la concession peut être considérée comme une violation du principe de TJE (paragr. 331).

Et, dans *Suez*, le Tribunal est allé plus loin en concluant que « le refus persistant et inflexible de la Province de réviser le tarif conformément au Contrat de concession et au cadre réglementaire, en particulier après la fin de la crise et la reprise de la croissance économique, suppose la violation des engagements assumés conformément aux deux TBI, de traiter de manière juste et équitable les investissements des Demanderesses » (paragr. 218). (Traduction du Tribunal)

Finalement, le Tribunal, dans *Azurix*, a estimé qu'une politisation du tarif, jointe à une augmentation de celui-ci après la renationalisation du service, est un élément qui valide l'existence d'une violation du TJE (paragr. 375).

⁵¹³ Demande, paragr. 277.

⁵¹⁴ Réponse, paragr. 754.

510. L'argumentation de Sauri est fondée sur le fait que « la notification du décret d'intervention a été réalisée avec un vaste dispositif policier et le déploiement de véhicules de police, d'agents de police et d'une trentaine de personnes qui ont littéralement débarqué dans l'entreprise »⁵¹⁵. Face à cet argument, la République a démontré, de manière convaincante, que le décret d'intervention lui-même autorisait l'office notarial à « demander l'aide de la force publique, jusqu'à ce que l'administrateur judiciaire désigné prenne possession du poste », ce qui justifie la présence de la force publique conformément à la réglementation en vigueur⁵¹⁶. Pour le reste, la présence de la force publique a uniquement un caractère de précaution, sans qu'il n'apparaisse à aucun moment qu'elle ait dû intervenir. Le Tribunal estime que la simple présence policière lors de l'intervention auprès d'une entreprise fait partie des mesures conservatoires qu'un gestionnaire public peut légitimement adopter pour garantir le bon déroulement de la prise de contrôle.
511. Sauri a également évoqué le fait que la police aurait temporairement interdit au personnel d'OSM de communiquer entre lui et qu'elle aurait confisqué certains de ses objets personnels⁵¹⁷. Ces allégations n'ont pas été prouvées mais, même si elles l'avaient été, elles ne revêtaient en aucun cas la gravité suffisante pour constituer une violation des garanties ayant la nature de droit international énoncées dans l'APRI.

⁵¹⁵ Demande, paragr. 144.

⁵¹⁶ Réponse, paragr. 478.

⁵¹⁷ Demande, paragr. 277.

VI. DECISION

Pour les raisons exposées, le Tribunal arbitral adopte à l'unanimité les décisions suivantes :

1. Il rejette les objections présentées par la République argentine concernant la juridiction du Centre, la compétence du Tribunal et la recevabilité des réclamations.
2. Il déclare que la République argentine a adopté une série de mesures d'expropriation et de nationalisation, avec pour résultat la dépossession de Sauri de son investissement dans OSM, contrevenant ainsi à l'art. 5.2 de l'APRI.
3. Il déclare que la République argentine n'a pas octroyé à l'investissement de Sauri un traitement juste et équitable, contrevenant ainsi à l'art. 3 de l'APRI.
4. Il rejette la prétention de Sauri demandant au Tribunal de déclarer que la République argentine n'a pas octroyé la protection et la sécurité pleines et entières à l'investissement, contrevenant ainsi à l'art. 5.1 de l'APRI


L'indemnité due à Sauri pour les mesures d'expropriation et de nationalisation adoptées et pour ne pas avoir octroyé un traitement juste et équitable à l'investissement, ainsi que la détermination des intérêts et des dépens, seront abordées lors d'une seconde phase de cet arbitrage et la décision sera rendue dans une sentence arbitrale, le Tribunal confirmant sa compétence pour la suite de l'affaire. Le Tribunal convoquera les parties à une audience et émettra une ordonnance de procédure dans laquelle il fixera les délais et les formalités de déroulement de la procédure. En tout état de cause, le Tribunal ouvrira une procédure pour l'apport de preuve concernant le *quantum* et permettra aux parties de présenter leurs allégations et leurs conclusions en la matière.

* * *

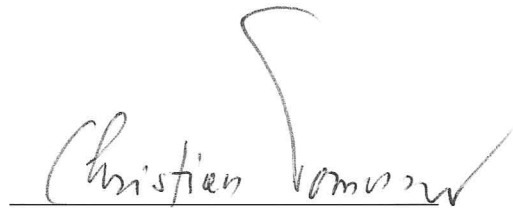
La présente décision est prononcée en version française et en version espagnole, comme il en a été convenu dans le paragr. 9.3. du procès-verbal de la première session.

Dr. J. S. O.

Professeur Juan Fernández-Armesto, Président



Professeur Bernard Hanotiau, Arbitre



Professeur Christian Tomuschat, Arbitre

Lieu : Washington DC, États-Unis