



School of International Arbitration

School of International Arbitration, Queen Mary, University of London

International Arbitration Case Law

*Academic Directors: Ignacio Torterola
Loukas Mistelis**

REPUBLIQUE D'ARGENTINE

c/

GROUPE BG PLC

ACTION CIVILE NO. 08-845 (RBW)

AVIS EXPOSE

Commentaire par Ana Carolina Simões e Silva**

Edité par John Barcelo***

Traduit en français par Caroline Devaux⁺

Dans un avis rendu le 21 janvier 2011, la US District Court du District de Columbia, statuant sur une motion pour la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale, décide que la Loi Fédérale Américaine relative à l'Arbitrage ainsi que la Convention de New York obligent la Cour à reconnaître et exécuter la sentence arbitrale du 24 décembre 2004 rendue contre l'Argentine dans l'affaire CNUDCI opposant le groupe BG et l'Argentine.

Tribunal US District Court du District Fédéral de Columbia -
Reggie B. Walton - Juge Fédéral des Etats-Unis.

Avocat du demandeur: Sur pétition de l'Argentine du 20 mars 2008 « pour
Annuler ou Modifier la Sentence Arbitrale » :
Gleason & Koatz, LLP, New York et Haar &
Associés, Washington, D.C.

Avocat du défendeur: Non informé.

** Ana Carolina Simões e Silva est une associée à Dechert Paris LLP et docteur en Droit International Public de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

*** John Barcelo est un William Nelson Cromwell Professeur de Droit International et Comparé et Elizabeth and Arthur Reich Directeur, Leo et Arvilla Berger Programme International d'Etudes Juridiques à Cornell Law School.

⁺ Caroline Devaux est doctorante en droit à Sciences Po, Paris et diplômée de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et de l'Université d'Oxford (MJur).

INDEX DES QUESTIONS DISCUTEES

1.	Faits de l'affaire.....	3
2.	Problèmes juridiques discutés dans la décision.....	4
2.1	Les critères de révision d'une sentence arbitrale par la Cour (pages 8-11).....	4
2.2	Même si le critère de l'article V(1)(c) « décisions dépassant les termes du compromis ou de la clause compromissoire » parvient à inclure l'exception « d'excès de pouvoir » de la section 10(a)(4) de la Loi Fédérale relative à l'arbitrage- ce qui est sérieusement douteux- le rejet antérieur par la Cour de la demande fondée sur la section 10(a)(4) règle la question relative à l'article V(1)(c) de la Convention de New York (pages 11-14).....	4
2.3	L'exception « d'ordre public » énoncée à l'article V(2)(b) de la Convention de New York doit être interprétée restrictivement (pages 14-15).....	5
2.4	La Cour ne peut pas réviser la décision du tribunal arbitral décidant si les parties ont ou non consenti à l'arbitrage (pages 15-19).....	5
2.5	Un actionnaire est un tiers bénéficiaire en application du TIB qui peut demander des dommages et intérêts en raison des préjudices causés à la société commerciale (pages 19-21).....	5
2.6	La Cour ne peut pas réviser l'estimation des dommages et intérêts calculée par le tribunal arbitral en application de la défense d'ordre public si le recours est dirigé contre ses conclusions factuelles (pages 21-25).....	5
2.7	Une partie ne peut pas demander que l'estimation des dommages et intérêts par le tribunal arbitral soit jugée contraire à l'ordre public en ce qu'elle transgresse le principe de « juste compensation » tel qu'énoncé dans la clause de recette du Cinquième Amendement (pages 25-26).....	6
3.	Décision.....	6

Résumé

1. Les faits de l'affaire

Le Groupe BG, société britannique, a investi en Argentine dans le cadre du programme Argentin de privatisation de son industrie du gaz. Le Groupe BG a acquis 54,67% de Gas Argentino S.A, un consortium d'investisseurs possédant 70% de MetroGAS, une société de distribution locale de gaz. En 2001, suite à la crise économique, l'Argentine adopta des mesures d'urgences pour gérer la situation. Selon le Groupe BG, ces mesures ont eu un impact négatif sur ses investissements dans MetroGAS. Le Groupe BG initia une procédure d'arbitrage CNUDCI contre l'Argentine en application du traité d'investissement bilatéral (TIB) entre l'Argentine et le Royaume-Uni (Groupe BG *Plc* c. Argentine). Le 24 décembre 2007, le tribunal arbitral rendit une décision contre l'Argentine pour violation de l'article 2(2) du traité d'investissement bilatéral (traitement juste et équitable, mesures et obligations en vertu de la « clause parapluie » déraisonnables), accordant des dommages et intérêts au Groupe BG (la « Sentence »).

Le 21 mars 2008, l'Argentine déposa une motion devant la US District Cour du District de Columbia (la « Cour ») pour annuler ou modifier la Sentence, fondée sur la Loi Fédérale relative à l'Arbitrage (LFA) et la Convention de New York. Le Groupe BG riposta par une motion demandant confirmation ou reconnaissance et exécution de la Sentence. Dans un avis du 7 juin 2010, la Cour rejeta la motion de l'Argentine demandant l'annulation ou la modification de la Sentence. Dans un second avis du 21 janvier 2011, qui fait l'objet du présent commentaire, la Cour décida en faveur du Groupe BG qui demandait la confirmation ou la reconnaissance et l'exécution de la Sentence.

L'Argentine avait demandé à la Cour de rejeter la motion du Groupe BG. Fondant sa requête sur les articles V(1)(c) et V(2)(b) de la Convention de New York, l'Argentine soutenait que (i) le tribunal arbitral avait excédé ses pouvoirs et avait complètement méconnu les termes de l'accord d'arbitrage conclu entre les parties en autorisant le Groupe BG à déposer ses demandes devant le tribunal arbitral sans le consentement de l'Argentine y afférant ; (ii) la Sentence avait été prise en violation de l'ordre public américain en autorisant le Groupe BG à soutenir des demandes dérivées par le biais de sa possession d'actions dans la société ayant subi les conséquences préjudiciables des actions de l'Argentine ; et (iii) le tribunal avait à la fois excédé ses pouvoirs et contrevenu à l'ordre public américain par sa manière de calculer les dommages et intérêts accordés au Groupe BG.

Dans son avis, la Cour décida ainsi :

- La Cour doit accepter l'interprétation du TIB Argentine/Royaume-Uni ainsi faite par le tribunal arbitral, selon laquelle le manquement du Groupe BG d'avoir recours aux cours nationales de l'Argentine pendant dix-huit mois (une condition énoncée par le TIB) n'était pas un obstacle à la compétence du tribunal et par conséquent n'était pas contradictoire au consentement de l'Argentine à l'arbitrage (pages 15-19).
- En tant que tiers bénéficiaire du TIB Argentine/Royaume-Uni, le Groupe BG est autorisé à intenter une action directe contre l'Argentine visant à diminuer la valeur de la société dans laquelle le Groupe BG détient des actions. Cette conclusion est cohérente avec les principes bien définis dans la jurisprudence américaine. En conséquence, l'argument développé dans « la demande dérivée » de l'Argentine est rejeté (pages 19-21).
- La Cour n'est pas autorisée à réviser les éléments factuels sur lesquels le tribunal arbitral s'est appuyé pour calculer les dommages et intérêts accordés au Groupe BG (pages 21-25).
- L'argument de l'Argentine selon lequel la Sentence du tribunal arbitral a été prise en violation de la clause de recette du Cinquième Amendement, et par conséquent de l'ordre public américain, est rejeté en ce qu'un tribunal arbitral n'est pas une branche du gouvernement mais aussi parce qu'aucun critère clair n'existe définissant une recette judiciaire ou quasi-judiciaire (pages 25-26).

2. *Les problèmes juridiques discutés dans la décision*

2.1 Le critère de révision d'une sentence arbitrale par la Cour (pages 8-11)

La révision judiciaire des sentences arbitrales est extrêmement limitée. Les motifs énumérés à l'article V de la Convention de New York sont les seuls à la disposition de la Cour pour refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère. La Cour ne peut pas examiner les demandes fondées sur des erreurs factuelles ou légales faites par le tribunal arbitral. Dans cette situation, la Cour doit confirmer la sentence dès lors que des éléments plausibles en faveur de la sentence apparaissent dans le rapport.

2.2 Même si le critère de l'article V(1)(c) « décisions dépassant les termes

du compromis ou de la clause compromissoire » parvient à inclure l'exception « d'excès de pouvoir » de la section 10(a)(4) de la Loi Fédérale relative à l'Arbitrage- ce qui est sérieusement douteux- le rejet antérieur par la Cour de la demande fondée sur la section 10(a)(4) règle la question relative à l'article V(1)(c) de la Convention de New York (pages 11-14)

Le critère énoncé à l'article V(1)(c) de la Convention de New York « décisions dépassant les termes du compromis ou de la clause compromissoire » permettant d'obtenir le refus de reconnaissance et d'exécution constitue un exemple d'une large catégorie d'actes pouvant être considérés comme une utilisation excessive de pouvoir par un arbitre- ce qui correspond au vaste critère énoncé à la section 10(a)(4) de la Loi Fédérale relative à l'Arbitrage. Ainsi, la section 10(a)(4) inclut mais semble être plus large que le critère de l'article V(1)(c), englobant par exemple « la méconnaissance manifeste de la loi », ce qui n'est pas un motif reconnu par la Convention de New York. Par conséquent, même si l'article V(1)(c) pouvait être interprété de manière à englober toutes les situations « d'excès de pouvoir »- ce qui est sérieusement douteux- le rejet antérieur de la demande de l'Argentine fondée sur la section 10(a)(4) règle aussi la question relative à l'article V(1)(c).

2.3 L'exception « d'ordre public » énoncée à l'article V(2)(b) de la Convention de New York doit être interprétée restrictivement (pages 14-15)

Selon la doctrine américaine, la défense d'ordre public énoncée par la Convention de New York doit être interprétée de manière restrictive, et le seuil requis pour décider qu'une sentence arbitrale est contraire à l'ordre public est élevé.

Ce motif justifiant un refus de reconnaissance s'applique uniquement si l'exécution est contraire aux notions basiques de moralité et de justice de l'Etat du forum.

L'ordre public est défini, non pas au regard de considérations générales, mais par référence aux lois spécifiques et aux précédents juridiques. Toutefois, le non-respect des lois étatiques ne représente pas toujours une violation de ses notions les plus élémentaires de moralité et justice.

2.4 La Cour ne peut pas réviser la décision du tribunal arbitral décidant si les parties ont ou non consenti à l'arbitrage (pages 15-19)

Une partie ne peut pas invoquer l'absence de consentement à l'arbitrage comme

motif permettant d'obtenir le refus de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale lorsque le tribunal arbitral a statué sur la question d'une manière compatible avec l'exigence d'ordre public.

En d'autres termes, lorsqu'un tribunal arbitral a interprété le TIB en y identifiant l'existence d'un consentement de l'Etat pour l'arbitrage, la Cour doit accepter la décision du tribunal arbitral.

2.5 Un actionnaire est un tiers bénéficiaire en application du TIB qui peut demander des dommages et intérêts en raison des préjudices causés à la société commerciale (pages 19-21)

En application du droit des sociétés américain, en tant qu'exception à la règle générale, les parties à un contrat peuvent choisir d'autoriser leurs actionnaires respectifs à intenter une action en nom propre pour des demandes indirectes ou dérivées en réparation du préjudice causé à la société.

Le TIB crée une telle exception. En ce sens, le TIB est considéré comme un accord entre Etats (ici Argentine et Royaume-Uni) prévoyant des obligations spéciales envers un tiers bénéficiaire (les investisseurs nationaux de l'autre Etat partie au TIB ; ici le Group BG).

En conséquence, les demandes intentées par l'investisseur (le Groupe BG) en application du TIB ne s'opposent pas à l'ordre public américain.

2.6 La Cour ne peut pas réviser l'estimation des dommages et intérêts calculée par le tribunal arbitral en application de la défense d'ordre public si le recours est dirigé contre ses conclusions factuelles (pages 21-25)

La contestation d'une sentence arbitrale au motif de ce qu'une partie est tenue responsable pour plus que « la seule perte pécuniaire réelle subie en raison de la conséquence directe de la faute » peut apparaître plausible si le tribunal arbitral a choisi une date de commencement pour l'estimation des dommages et intérêts qui est incorrecte d'un point de vue légal (par exemple, une date antérieure à la date à laquelle l'acte causant le préjudice est survenu).

Cependant, une partie ne peut pas contester une sentence arbitrale si le recours est dirigé à l'encontre des éléments factuels pris en compte pour la détermination de la juste valeur de marché de l'investissement à la date de survenance du préjudice- même si les preuves supportant les conclusions factuelles du tribunal sont antérieures à l'acte causant le préjudice.

2.7 Une partie ne peut pas demander que l'estimation des dommages et intérêts par le tribunal arbitral soit jugée contraire à l'ordre public en ce qu'elle transgresse le principe de « juste compensation » tel qu'énoncé dans la clause de recette du Cinquième Amendement (pages 25-26)

Une partie ne peut pas contester l'estimation des dommages et intérêts par le tribunal arbitral comme étant contraire l'ordre public en ce qu'elle transgresse le principe de « juste compensation » tel qu'énoncé dans la clause de recette du Cinquième Amendement parce qu'un tribunal arbitral n'est pas une branche du gouvernement et donc ne peut pas effectuer une recette. De plus, puisque aucun critère clair ne définit ce que constitue une « recette judiciaire », la demande fondée sur l'ordre public n'est pas fondée sur « un ordre public bien défini et dominant » et doit donc être rejetée.

3. *Décision*

La Cour rejette la requête de l'Argentine visant à obtenir le refus de reconnaissance et d'exécution de la Sentence en ce que l'Argentine n'a pas rempli les conditions strictes requises par les articles V(1)(c) et V(2)(b) de la Convention de New York. Pour cette raison, la Cour conclut que la Sentence doit être reconnue et exécutée, et que le Groupe BG est autorisé à obtenir des dommages et intérêts, ainsi que le remboursement des frais d'arbitrage et honoraires d'avocats.