

Date d'envoi aux parties : 10 janvier 2005

CIRDI No. ARB/03/08
Consorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA c/ République algérienne démocratique et populaire

SENTENCE

Tribunal arbitral :

Professeur Pierre Tercier, Président
Maître André Faurès, Arbitre
Professeur Emmanuel Gaillard, Arbitre

Secrétaire du Tribunal arbitral :
Madame Gabriela Alvarez-Avila

dans la procédure arbitrale
qui oppose

CONSORZIO GROUPEMENT L.E.S.I. – DIPENTA (Italie)

Demanderesse

représentée par

Professeur Antonio Crivellaro, Bonelli Erede Pappalardo, Via Barozzi, 1, 20122 Milan, Italie;
Tél. : +39 02 771 131; Fax : +39 02 771 13 813 ; Email : bep.mi@beplex.com.

à

REPUBLIQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET POPULAIRE

Défenderesse

représentée par

S.E.M. Abdelmadjid Attar, Ministre des Ressources en eau, Ministère des Ressources en eau,
3, rue du Caire, B.P : 86, Douba, Alger, Algérie; Tél. +213 21 28 30 00; Fax : +213 21 28 11
18 ; et

assistée par

Maître Dominique Falque, Falque & Associés, 9 Avenue Percier, 75008 Paris, France ; Tél.
+33 1 53 53 51 00 ; Fax : +33 1 53 53 51 10 ; E-mail : Dominique.falque@falque.com,

Maître Mohammed Chemloul et Professeur Ahmed Laraba, 33bis rue des Pins, Hydra-Alger,
Bp 435 Hydra 16035 – Alger, Algérie ; Fax : n° +213 2 1281118

I. EN FAIT¹

La description qui suit est volontairement sommaire, avant tout fondée sur l'exposé de la Demanderesse, la Défenderesse ayant à ce stade renoncé à le faire de manière détaillée; elle ne sert que de fondement à la discussion des questions juridiques qui seront ici examinées. Dans la mesure nécessaire, la discussion des questions de faits importants pour la solution du litige pourrait être reprise dans une éventuelle discussion au fond.

A. Les Parties

1. La Demanderesse est **Consorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA** (ci-après le « Consortium ») ayant siège à Via Indonesia 100, 00144 Rome, Italie. Il a été constitué par acte notarié le 20 décembre 1993, sous le nom « *Groupement L.E.S.I. – DIPENTA* » par les sociétés Lavori Edili Stradali Industriali L.E.S.I. S.p.A. (ci-après « LESI ») et GRUPPO DIPENTA COSTRUZIONE S.p.A (ci-après « DIPENTA »). Il a été inscrit le 12 janvier 1994 sous la dénomination « *Consorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA* » au Registre des Entreprises de Rome (cf. ci-après n° 9 s.; Dem. pièces n° G11 et G15).
2. La Défenderesse est la **République Algérienne Démocratique et Populaire** (ci-après « La République algérienne » ou « l'Etat algérien »), prise en la personne de M. Abdelmadjid Attar, Ministre des Ressources en eau, avec siège auprès du Ministère des Ressources en eau, 3 rue du Caire, B.P. 86, Kouba – Alger.

B. La Chronologie générale

3. Le 14 septembre 1992, le « *Ministère de l'Équipement* » de la République algérienne, par son « *Agence nationale des barrages* » (ci-après « ANB »), a lancé un appel d'offres pour la réalisation du barrage de Koudiat Acerdoune dans la Wilaya de Bouira ; ce barrage devait servir à l'approvisionnement de la Ville d'Alger en eau potable (Déf. pièce n° 10).

L'avis d'appel offres précisait notamment ceci : « *L'Agence Nationale des Barrages, en qualité de maître de l'ouvrage, invite, par le présent avis de présélection, les entreprises éligibles à présenter leurs candidatures sous pli fermé pour l'exécution des fournitures et travaux ci-après.* »

4. Le 24 novembre 1992, LESI et DIPENTA ont signé un « *Protocole d'Accord pour la Constitution d'un Groupement Momentané d'Entreprises* » afin de soumettre une offre

¹ Les documents suivants sont nommés comme suit :

- Requête d'Arbitrage de la Demanderesse du 3 février 2003 = Dem. 03.02.03 ;
- Mémoire de la Défenderesse du 27 janvier 2004 = Déf. 27.01.04 ;
- Mémoire en Réponse sur la Compétence de la Demanderesse du 3 avril 2004 = Dem. 03.04.04 ;
- Mémoire en Réplique sur la Compétence de la Défenderesse du 5 mai 2004 = Déf. 05.05.04 ;
- Mémoire en Duplique sur la Compétence de la Demanderesse du 3 juin 2004 = Dem. 03.06.04 ;

commune en vue de la réalisation du barrage. Le protocole précisait notamment ceci (Dem. pièce n° G13) :

« 4) Dans le cas d'adjudication des travaux au groupement, les parties s'engagent à ratifier le présent accord par la création d'un consortium entre les deux entreprises, qui sera régie par un statut sociétaire, tout en gardant chacune sa propre autonomie. »

« 5) Les parties seront conjointement et solidairement engagées à l'égard de l'A.N.B., Maître de l'Ouvrage, pour toutes les obligations découlant de la présentation de la soumission et de l'exécution des travaux. [...] »

[...]

« 9) Ce protocole d'accord se terminera :

a) en cas de non pré-qualification des entreprises ;

et si pré-qualifiées :

b) en cas d'adjudication de travaux une fois signée la constitution de l'association d'entreprises ;

c) [...] »

5. Lors de réunions tenues les 27 et 30 octobre 1993, l'ANB a communiqué aux représentants du « *groupement d'Entreprises LESI-DIPENTA* » sa décision de lui confier les travaux de réalisation du barrage sous réserve de l'approbation du contrat par les structures de contrôle concernées (Déf. pièce n° 8 = Dem. pièce n° G14).
6. Selon la Demanderesse, dès l'annonce de l'adjudication, LESI et DIPENTA auraient constitué le consortium en vue de la signature du marché. La formalisation de son acte constitutif aurait été complétée devant un notaire à Rome le 20 décembre 1993 (cf. ci-dessous n° 9).
7. Le 20 décembre 1993, LESI et DIPENTA, « réunis en GROUPEMENT MOMENTANE D'ENTREPRISES, juste convention de Groupement du 24 novembre 1992 auprès de Mr. Doct. Luigi CERASI notaire à Rome, et annexée à la présente offre [...] », ont remis une soumission à l'ANB. Celle-ci était signée « *Le Groupement LESI-DIPENTA par procuration du Groupement GROUPEMENT LESI-DIPENTA par procuration G. Medioli* » (Déf. pièce n° 1).

Selon la Demanderesse, le « *Protocole d'Accord pour la Constitution d'un Groupement Momentané d'Entreprises* » conclu le 24 novembre 1992 entre LESI et DIPENTA (cf. n° 4 ; Dem. pièce n° G13) fut communiqué.

8. Le 20 décembre 1993 également, d'une part

« *Groupement d'Entreprises*

LESI/DIPENTA COSTRUZIONI S.p.a.

représenté par Monsieur MEDIOLI Giovanni – Président –

dont le siège est à :

100, Rue Indonesia – R O M E –

ci-après désigné par " l'Entreprise "

et, d'autre part, l'ANB

ont signé un Contrat intitulé « *Barrage de Koudiat Acerdoune - Dossier d'Offre* » relatif à la construction du barrage (ci-après le « Contrat » ou le « Marché »). Le délai global d'exécution du marché était de cinquante mois à compter de l'Ordre de Service qui marquait le commencement des travaux (Dem. pièce n° 1 = Déf. pièce n° 2).

A la dernière page du document, le tampon de « *l'Entreprise* » apparaissait comme suit : « *GROUPEMENT LESI-DIPENTA par procuration G. Medioli* ».

9. Toujours à cette même date, le Consortium a été constitué à Rome par acte notarié en vertu des articles 2602 ss et 2612 ss du Code civil italien (= CCit.). Le 12 janvier 1994, il a été inscrit au Registre des Entreprises de Rome, auprès du Tribunal de Rome sous le n° 138/94, ainsi qu'auprès de la Chambre de Commerce de Rome au n° 685037 (Dem. pièces n° G11 et G15).
10. Selon la Demanderesse, bien que la date du Contrat indique le 20 décembre 1993, le Président du Consortium, Monsieur Medioli, l'aurait signé quelques jours avant à Rome, conformément aux instructions des autorités algériennes, dans une version dépourvue de date. Celle-ci aurait été apposée par l'ANB après l'approbation et la signature des autorités compétentes. Une cérémonie aurait été organisée à Alger le 19 décembre pour rendre publics l'assignation et le commencement des travaux. Monsieur Medioli y aurait envoyé son assistant, Monsieur Ugo Napoli, afin d'y apporter les exemplaires déjà signés par le Président. Le jour suivant, les autorités algériennes y auraient apposé leur signature en consignait l'Ordre de Service ordonnant le commencement des travaux à Monsieur Napoli, qui l'aurait contresigné (Dem. 03.04.04 n° 16 à 17).
11. Toujours le 20 décembre 1993, l'Ordre de Service de commencement des travaux a été notifié à « *Groupement LESI-DIPENTA* ». Celui-ci précisait que le marché avait été approuvé par la Commission Nationale des Marchés et par le Contrôleur Financier de l'Etat (Dem. pièce n° G16 = Déf. pièce n° 9).
12. Selon la Défenderesse, LESI et DIPENTA n'auraient pas informé les autorités algériennes de ce qu'elles avaient spécialement constitué un consortium avec activités externes au sens du CCit (Déf. 27.01.04 p. 5)
13. Par lettre du 13 avril 1994, « *Groupement LESI-DIPENTA* » a fait parvenir à l'ANB une copie de l'acte constitutif et des statuts du consortium, ainsi que du procès-verbal n° 1 du Conseil Directif, donnant les pouvoirs de représentation à MM. Salvatore Giudice et Ugo Napoli (Dem. pièces n° G36 et G 37).
14. Selon la Demanderesse, l'exécution du Marché aurait connu de nombreuses difficultés :
 - de décembre 1993 à avril 1996, le démarrage du chantier aurait été empêché par des difficultés de libération des emprises et des problèmes de sécurité ;
 - d'avril 1996 à novembre 1997, certains travaux auraient pu être réalisés mais de façon très limitée à cause des problèmes de sécurité qui perduraient ;
 - du 1er novembre 1997 au 27 juin 2001, date de la résiliation du Contrat, les travaux auraient été suspendus par décision des autorités compétentes et suite à la décision de l'ANB de changer la méthode de construction du barrage (Dem. 03.02.03 p. 5 ss).

15. Le 31 décembre 1996, « *Le Groupement LESI-DIPENTA dont le siège social est à Rome 100, Rue Indonésia, constitué par les Entreprises LESI Spa (ROME) et GRUPPO DIPENTA COSTRUZIONE Spa (ROME), ayant pour chef de file l'entreprise LESI Spa, représenté par Monsieur Guidice Salvatore [...] en sa qualité de Directeur technique ayant tous pouvoirs à l'effet du présent avenant, ci-après désigné le GROUPEMENT* » et l'ANB ont conclu un Avenant n° 1 au Marché portant sur l'introduction de la taxe sur la valeur ajoutée (ci-après « TVA ») au montant initial du Contrat. Cet Avenant a été conclu sous l'en-tête « *République algérienne démocratique et populaire, Ministère de l'équipement et de l'aménagement du territoire, Agence nationale des barrages* » (Déf. pièce n° 3).
16. Le 28 octobre 1997, l'ANB a notifié à « *Groupement LESI-DIPENTA* », sous l'en-tête « *République algérienne démocratique et populaire, Ministère de l'hydraulique et des forêts, Agence nationale des barrages* », un ordre de service lui enjoignant de cesser les travaux dès le 1er novembre 1997. Cet arrêt des travaux faisait suite à la décision de l'ANB de modifier la méthode de construction du barrage, remplaçant la variante initiale « en enrochement » par une variante « en béton compacté au rouleau » (ci-après « BCR »). Selon la Demanderesse, cette modification nécessitait, aux dires de l'ANB, l'approbation préalable de la Banque Africaine de Développement (ci-après « BAD ») qui avait financé le Marché (Pièces Déf. n° 11 = Dem. n° G16 ; Déf. 27.01.04 p. 16 ; Dem. 03.02.04 pp. 5 et 8).
17. Le 1er novembre 1997, les travaux ont été effectivement suspendus.
18. Le 4 octobre 1997 - 2 novembre 1997, « *Le Groupement LESI-DIPENTA* » et l'ANB ont conclu un Avenant n° 2 au Marché relatif à la TVA et l'introduction d'un nouveau prix. Formellement, celui-ci a été conclu comme l'Avenant n° 1 (voir ci-dessus n° 15) (Déf. pièce n° 4).
19. Le 27 juin 1998, « *Groupement LESI-DIPENTA* » par « *Giovanni Medioli, dans sa qualité de Président du Conseil Directif du " Groupement LESI-DIPENTA ", avec siège à Rome, Via Indonesia n. 100, inscrit à la Chambre de Commerce Industrie et Artisanat de Rome sous le numéro 785037* » a soumis à la Défenderesse, sous forme d'un Avenant n° 3, une soumission concernant les aspects techniques et économiques relatifs à la réalisation du barrage en BCR (Déf. pièce n° 5).

Monsieur Medioli y déclarait ceci : « *J'affirme, sous peine de résiliation de plein droit du marché ou de sa mise en régie aux torts exclusifs du Groupement, que ledit Groupement, ni les entreprises le composant, ne tombent sur le coup des interdictions édictées par la législation et la réglementation en vigueur et les dispositions des infractions à la réglementation des prix* ».

Au bas de l'Avenant, apparaissait le tampon suivant : « *GROUPEMENT LESI-DIPENTA LE PRESIDENT Giovanni Medioli* ».

Selon la Demanderesse, cet Avenant n'aurait jamais été signé par la République algérienne.

20. Par lettre du 14 avril 2001, l'ANB a informé « *MONSIEUR LE PRESIDENT DIRECTEUR GENERAL DU GROUPEMENT LESI-DIPENTA* » de sa décision de

résilier le Contrat. Elle y expliquait que les difficultés rencontrées étaient indépendantes de sa volonté et invoquait pour motif de la résiliation le cas de force majeure. Celui-ci consistait, selon elle, dans le fait que la signature de l'Avenant n° 3 était conditionnée à l'obtention d'un financement et que la BAD avait conditionné ce financement au lancement d'un nouvel appel d'offres international et donc à la résiliation du Contrat. L'ANB s'est déclarée toutefois disposée à désintéresser l'entrepreneur de ses coûts tels qu'acceptés dans sa lettre du 16 mars 1998 (Dem. pièce n° 3).

21. Le 24 avril 2001, selon la Demanderesse, le Consortium aurait pris acte de la résiliation et aurait annoncé la soumission d'une réclamation fondée sur l'art. 566 du Code civil algérien (Dem. 03.02.03 p. 12).
22. Le 5 juin 2001, toujours selon la Demanderesse, le Consortium aurait confirmé sa demande d'indemnisation (Dem. 03.02.04 p. 12).
23. Le 20 juin 2001, la Demanderesse se serait adressée au Ministre des Ressources en eau pour solliciter une rencontre pour trouver une solution aux difficultés (Dem. 03.02.04 p. 12).
24. Le 27 juin 2001, l'ANB, sous l'en-tête « *République algérienne démocratique et populaire, Ministère des ressources en eau, Agence nationale des barrages* », l'ANB a notifié au « *groupement LESI-DIPENTA* », sous la forme d'une « décision », la résiliation du Marché (Déf. pièce n° 12).
25. Le 5 septembre 2001, selon la Demanderesse, le Consortium aurait envoyé un complément de demande d'indemnisation, à la suite de quoi quelques réunions se seraient tenues, mais sans succès, pour trouver un accord sur le montant de l'indemnisation.
26. Par lettre du 5 avril 2002, sous en-tête « *Groupement LESI-DIPENTA, 00144 Roma, Via Indonesia 100 [...] Tribunale di Roma n° 138/94 – C.C.I.A.A. Roma n° 785037 [...]* » et munie du tampon « *GROUPEMENT LESI-DIPENTA LA PRESIDENT (Giovanni Mediolì)* » (ci-après « En-tête »), « *Groupement LESI-DIPENTA* » a écrit au Ministre des Ressources en eau en lui demandant qu'une résolution à l'amiable du différend soit recherchée et lui a soumis un nouveau dossier détaillant et chiffrant les préjudices que l'entrepreneur prétendait avoir subis (Dem. pièce n° 10 = Déf. pièce n° 18).
27. Par lettre avec En-tête du 15 mai 2002, « *Groupement LESI-DIPENTA* » a adressé au Ministre des Ressources en eau un recours hiérarchique portant sur les différends qui l'opposait à l'ANB relatifs à l'exécution et à la résiliation du Contrat (Dem. pièce n° 21). Y était annexé un « *Mémoire pour Réclamation des Dommages-Intérêts (suite à l'arrêt du chantier et la résiliation)* » où le Demandeur était décrit comme suit (Déf. pièce n° 6) :

« 1.1 - Le Demandeur : le Groupement LESI. – DIPENTA

Le Groupement LESI. – DIPENTA est un Groupement de droit italien, dont le siège est à Rome EUR, 100 Via Indonesia, et dont le Président est Mr Giovanni Mediolì. Il est inscrit au Registre du Commerce de Rome depuis le 12 janvier 1994 sous le numéro 785037.

*Il est dénommé dans la suite du présent mémoire, le GLD ou le demandeur ou l'entreprise. Dans les documents échangés entre les parties, il est parfois désigné " l'Entrepreneur " ou " l'entreprise " ou " le Groupement ".
Il est composé des Sociétés de droit italien " Lavori Edili Stradali Industriali " - LESI SpA, et DIPENTA SpA, LESI étant le chef de file du Groupement. »*

28. Par un autre courrier avec En-tête de la même date, « *Groupement LESI-DIPENTA* » a informé l'ANB de l'envoi du dossier au Ministre des Ressources en eau (Dem. pièce n° 22).
29. Par lettre du 15 juin 2002 adressée à « *Monsieur le Président du Groupe "LESI-DIPENTA – Italie "* », le Ministère des Ressources en eau a accusé réception du recours et a instruit celle-ci de se rapprocher de nouveau de l'ANB pour négocier une solution à l'amiable (Déf. pièce n° 19).
30. En juillet 2002, selon la Demanderesse, le nouveau marché aurait été adjugé à l'entreprise française Razel (Dem. 03.02.04 p. 14). Toujours selon la Demanderesse, celui-ci aurait été adjugé à un prix supérieur à celui du projet d'Avenant n° 3 soumis par le Consortium à l'ANB en juin 1998 (ci-dessus n° 19). L'ANB aurait renoncé à attribuer le marché à la Demanderesse afin d'éviter ou de retarder son indemnisation.
31. Par courrier avec En-tête du 3 juillet 2002, « *Groupement LESI-DIPENTA* » a accepté la proposition du Ministère des Ressources en eau de renouer contact avec l'ANB tout en relevant que toutes les démarches précédentes auprès de l'ANB s'étaient révélées inutiles et que son recours n'était pas prématuré (Déf. pièce n° 20).
32. Par lettre avec En-tête du même jour, la Demanderesse a envoyé à l'ANB copie du dossier annexé à son recours hiérarchique du 15 mai 2002 et réitéré sa proposition de trouver une solution à l'amiable (Dem. pièce n° 23).
33. Par courrier avec En-tête du 26 septembre 2002, la Demanderesse a avisé l'ANB de son refus de signer le « Décompte Général et Définitif » du Marché tel qu'établi par celle-ci, en fournissant des justifications à ce sujet (Dem. pièce n° 24).
34. Par lettre avec En-tête du 11 octobre 2002, « *Groupement LESI-DIPENTA* » a écrit à l'ANB pour détailler les raisons de son refus de signer le Décompte Général et Définitif. Il y a résumé ses réclamations relatives au prétendu préjudice lié à l'exécution du Contrat et à sa résiliation (Dem. pièce n° 25)
35. Par courrier du 22 octobre 2002, l'ANB a informé « *Monsieur le Président du Groupement LESI-DIPENTA* » qu'elle se déclarait disposée à examiner sa réclamation, tout en formulant certaines exigences (Déf. pièce n° 21).
36. Par lettre du 28 octobre 2002, « *Groupement LESI-DIPENTA* » a écrit au Ministre des Ressources en eau qu'il ne pouvait accepter le « Décompte Général et Définitif » établi par l'ANB et que les discussions avec l'ANB se poursuivaient sans résultat (Déf. pièce n° 22).
37. Le 3 février 2003, le Consortium a déposé une « Requête d'arbitrage » auprès du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (ci-après « CIRDI ») (voir ci-dessous n° 39 ss).

38. Le 14 octobre 2003, « *Groupement LESI-DIPENTA, société Italienne, dont le siège est 00144 ROME, Via Indonesia, 1000, Italie* », agissant par son représentant a assigné l'ANB devant la Chambre administrative de la Cour d'Alger sur le motif de lui avoir exproprié sa « base technique » au profit de la nouvelle entreprise Razel (Déf. pièce n° 25).

C. La procédure arbitrale

39. Le 3 février 2003, le Consortium a adressé au Secrétariat Général du CIRDI une « **Requête d'arbitrage** » dirigée contre la République algérienne, qu'elle a déclarée soumise aux dispositions suivantes :
- a. l'article 36 de la Convention de Washington de 1965 pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (ci-après la « Convention ») ;
 - b. l'article 8.2 (b) de l'Accord bilatéral sur la promotion et la protection réciproques des investissements entre l'Algérie et l'Italie entré en vigueur le 26 novembre 1993 (ci-après l'« Accord bilatéral ») ;
 - c. les articles 1 à 6 du Règlement de Procédure relatif à l'introduction des instances de Conciliation et d'Arbitrage du CIRDI (ci-après le « Règlement d'introduction des instances »).

Sans prendre de conclusions formelles, la Demanderesse a défini l'objet de sa requête comme ceci :

« Le Demandeur a subi les dommages qui suivent :

(i) les dommages causés par l'arrêt prolongé du chantier incluant trois types de dommages :

(i.1) Les frais généraux supportés par l'investisseur à cause de son inactivité forcée ;

(i.2) L'immobilisation du matériel et des structures d'entreprise pendant l'arrêt du chantier ;

(i.3) Le manque de productivité des structures pendant huit années dont aux points 1 et 2 ci-dessus.

(ii) les dommages qui découlent de la résiliation du marché, incluant :

(ii.1) Le manque à gagner ;

(ii.2) Le chiffre d'affaire abaissé et valeur patrimoniale amoindrie ;

(ii.3) La lésion de l'image de l'investisseur et d'autres dommages moraux ;

(iii) les coûts financiers dus au retard de l'indemnisation.

Dans son recours du 15 mai 2002 au Ministre des Ressources en Eau, le Demandeur a requis une indemnisation globale d'environ € 115.000.000 (cent quinze millions d'Euros) sur la base d'un dossier technique et économique composé par 5 volumes. Ce même dossier, dûment complété et mis à jour, sera analysé pendant la procédure arbitrale.

L'investisseur demande une sentence arbitrale qui ordonne au Défendeur de payer au Demandeur une indemnisation d'un montant équivalent à celui mentionné ci-dessus, avec réserve d'une quantification plus précise et de mise à jour des charges financières. Dans le calcul du montant prétendu, les charges financières pour le retard de paiement ont été calculées jusqu'au 30 juin 2001.

En tout cas, le Demandeur prétend que l'indemnité qui lui est due ait la valeur du « montant adéquat » établi conformément à l'Article 4.4 du traité bilatéral italo-algérien, c'est-à-dire la « valeur effective de l'investissement sur le marché », déterminée « sur la base de règles ou d'usages internationalement reconnus », réglée « dans une monnaie convertible » ou en tout cas « dans la monnaie dans laquelle l'investissement a été effectué », majorée « d'intérêt aux taux interbancaires applicables à la devise de règlement dans le pays d'origine de l'investisseur à la date effective d'application des meures » visées aux paragraphes 2 et 3 de l'Article 4. »

40. Le 30 avril 2003, le Secrétariat du CIRDI a requis de la Demanderesse des explications supplémentaires concernant l'article 11 de l'Accord bilatéral, en particulier concernant la condition de conformité aux lois et règlements applicables en Algérie qu'il prévoit.
41. Le 14 mai 2003, la Demanderesse a indiqué au Secrétariat que le Marché avait été assigné conformément au Code algérien des Marchés Publics et approuvé par le Gouvernement algérien.
42. Le 20 mai 2003, le Secrétaire Général par interim du CIRDI a enregistré la Requête d'arbitrage conformément à l'article 36(3) de la Convention et aux articles 6(1) et 7(a) du Règlement d'introduction des instances, et a invité les Parties à procéder dès que possible à la constitution du Tribunal arbitral.
43. Les Parties se sont mises d'accord pour que le Tribunal arbitral comprenne trois arbitres, chaque Partie nommant un arbitre et le troisième, le Président du Tribunal, nommé par accord des deux arbitres ainsi désignés par les Parties.
44. Le 3 septembre 2003, le **Tribunal arbitral a été constitué**. Il est composé de Maître André Faurès, arbitre nommé par la Demanderesse, du Professeur Emmanuel Gaillard, arbitre nommé par la Défenderesse, et du Professeur Pierre Tercier, Président proposé par les deux co-arbitres.
45. Le 30 octobre 2003, le Tribunal arbitral a tenu sa **première audience** à Paris en présence des Parties. Diverses décisions touchant la procédure ont été prises. Il a été en particulier décidé de limiter d'abord le débat à l'examen des objections de compétence et des fins de non-recevoir soulevées par la Défenderesse (cf. Procès-verbal de la première session du Tribunal arbitral tenue à Paris le 30 octobre 2003).
46. Le 27 janvier 2004, la République algérienne a déposé son « **Mémoire** » sur la compétence. Sans prendre de conclusions formelles, elle a conclu à ceci :

« l'irrecevabilité de la demande à raison de l'absence de droit et du défaut de qualité pour agir du Demandeur » ;

[...]

« SUBSIDIAIREMENT ET POUR LE CAS OU, par impossible, le Tribunal dirait que le « consortium » est titulaire de droit et a la capacité pour agir [...] l'irrecevabilité de la demande du fait que le Demandeur ne peut revendiquer le bénéfice de l'option de compétence prévue à l'Article 8.2 de l'Accord bilatéral. »

[...]

« TRES SUBSIDIAIREMENT ET POUR LE CAS OU, par impossible, le Tribunal Arbitral dirait la Requête d'Arbitrage du 3 février 2003 recevable [...] déclinatoire de compétence suivant l'Article 41 de la Convention. »

47. Le 3 avril 2004, la Demanderesse a déposé son « **Mémoire en Réponse sur la Compétence** » par lequel elle a demandé au Tribunal arbitral de rejeter les objections de la République algérienne et de statuer comme suit :

« i) la demande est recevable, car le Consorzio a la qualité pour agir et la tentative de règlement à l'amiable prévue au Traité Bilatéral a été régulièrement épuisée (Chapitres I et II) ;

ii) la compétence jure personae du Tribunal est établie par le fait que l'Etat Algérien est appelé à répondre des violations du Traité Bilatéral qui résultent tant de ses propres actions ou omissions que des actions ou omissions de l'ANB, qui est assimilable à l'Etat en droit international (Chapitre III) ;

iii) la compétence du Tribunal jure materiae est établie, puisque le marché en cause se qualifie d'investissement aux termes tant de la Convention que du Traité Bilatéral (Chapitre IV) ;

iv) même si la Défenderesse ne conteste pas l'an debeat de l'indemnisation réclamée, la dispute demeure un différend juridique, puisqu'il incombe au Tribunal d'en déterminer le quantum (Chapitre V) ;

v) conformément à l'Article 8.2 du Traité Bilatéral, l'Etat Algérien a donné son consentement à soumettre le présent différend à la juridiction du CIRDI, le différend n'ayant pas pour objet de simples réclamations contractuelles à l'encontre de l'ANB, mais visant principalement à obtenir l'indemnisation consécutée à une expropriation au sens de l'Article 4.3 du Traité Bilatéral (Chapitre VI). »

48. Le 5 mai 2004, la Défenderesse a soumis au Tribunal arbitral son « **Mémoire en Réplique sur la compétence** », par laquelle elle a demandé de lui adjuger le bénéfice de ses précédentes écritures et dire et juger ceci :

« i) que le Tribunal arbitral est incompétent pour connaître du différend faisant l'objet de la Requête d'Arbitrage du 3 février 2003, au motif que ce différend ne remplit pas les conditions requises par l'Article 25.1 de la Convention de Washington de 1965 pour entrer dans le champ de compétence du CIRDI ;

ii) subsidiairement, et pour le cas où, par impossible, le Tribunal Arbitral se déclarerait compétent pour connaître du différend exposé dans la Requête d'Arbitrage du 3 février 2003, dire et juger que cette compétence se trouve limitée

à l'examen et à l'instruction des seules demandes formulées dans la Requête d'Arbitrage du 3 février 2003, qui correspondent à des violations de l'Accord entre le Gouvernement de la République Algérienne Démocratique et Populaire et le Gouvernement de la République Italienne sur la Promotion et la Protection Réciproques des Investissements, signé à Alger le 18 mai 1991 (le «*Traité Bilatéral* ») ;

iii) *très subsidiairement*, et pour le cas où, par impossible, le Tribunal Arbitral se déclarerait compétent pour connaître des demandes figurant dans la Requête d'Arbitrage et correspondant à des violations du *Traité Bilatéral*, déclarer irrecevables l'ensemble des demandes présentées par le *Conorzio Groupement L.E.S.I.- DIPENTA* dans la Requête d'Arbitrage du 3 février 2003, au motif que le *Conorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA*, qui se présente comme le Demandeur, n'étant pas partie au marché N° 167/ANB/SM/93 du 20 décembre 1993, n'a pas la qualité pour agir ;

iv) *plus subsidiairement encore*, dans le cas où, par impossible, le Tribunal Arbitral déclarerait mal fondée la fin de non recevoir exposée ci-dessus en iii), déclarer irrecevables l'ensemble des demandes présentées par le *Conorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA* dans la Requête d'Arbitrage du 3 février 2003, faute pour le Demandeur de satisfaire aux conditions posées à l'Article 8.1 et à l'Article 8.2 du *Traité Bilatéral* pour pouvoir bénéficier de l'option de compétence prévue à l'Article 8.2 de ce traité :

- le Demandeur n'ayant pas respecté le délai de six (6) mois prévu à l'Article 8.2 du *Traité Bilatéral* avant d'introduire sa Requête d'Arbitrage,
- le Demandeur n'ayant pas la qualité d' « investisseur » au sens du *Traité Bilatéral*,
- l'exécution du marché N° 167/ANB/SM/93 du 20 décembre 1993 ne pouvant être qualifié d'investissement de la part de l'Entrepreneur,

*de telle sorte que le différend exposé dans la Requête d'Arbitrage du 3 février 2003 ne peut être considéré comme « un différend relatif aux investissements entre l'un des Etats contractants et un investisseur de l'autre Etat contractant » au sens de l'Article 8.1 du *Traité Bilatéral*. »*

49. Le 3 juin 2004, la Demanderesse a déposé son « **Mémoire en Duplique sur la Compétence** » par lequel elle a confirmé les conclusions de son Mémoire du 3 avril 2004 (cf. ci-dessus n° 46).
50. Le 21 juin 2004, le Tribunal arbitral a tenu une **deuxième audience** à Paris. A cette occasion, il a entendu les Conseils des Parties dans l'exposé oral de leurs moyens et il a clos la procédure sur les questions liées à sa compétence et aux fins de non-recevoir, sous réserve de l'envoi par les Conseils de la Demanderesse de copies et décisions judiciaires, et d'extraits doctrinaux (avec traduction) (cf. transcript de l'audience du 20 juin 2004).
51. Ainsi que cela avait été promis lors de l'audience, la Demanderesse a fait par la suite parvenir au Tribunal arbitral la version originale avec traduction officielle des passages de doctrine cités dans ses écritures à propos de la nature du consortium selon l'article 2612 CCit.

II. EN DROIT

1. En général

1. Dans ses écritures, la Défenderesse a soulevé diverses objections relatives à la compétence du Tribunal arbitral pour juger du présent litige ainsi que quelques fins de non-recevoir.

Le problème de la compétence est visé par l'article 41 de la Convention, qui a la teneur suivante :

« (1) *Le Tribunal est juge de sa compétence.*

(2) *Tout déclinatoire de compétence soulevé par l'une des parties et fondé sur le motif que le différend n'est pas de la compétence du Centre ou, pour toute autre raison, celle du Tribunal doit être examiné par le Tribunal qui décide s'il doit être traité comme question préalable ou si son examen doit être joint à celui des questions de fond. »*

La compétence du Tribunal arbitral pour se prononcer sur sa compétence est incontestée. En l'espèce, il a été décidé lors de la session du mois d'octobre 2003 d'entente avec les Parties que le Tribunal arbitral commencerait par rendre une décision sur ce sujet. Il a été également convenu qu'il y traiterait en plus des fins de non-recevoir soulevées par la Défenderesse (ci-dessus En Fait n° 45; ég. Procès-verbal de la session du 30 octobre 2003).

Les Parties ont eu amplement l'occasion de présenter leurs moyens, par écrit d'abord (cf. En Fait n° 46 ss), puis par oral lors de l'audience du 21 juin 2004 (cf. En Fait n° 50). Constatant qu'aucune des Parties ne requerrait d'autre mesure d'instruction, le Tribunal arbitral a clos la procédure sur ces objets et il est à même de statuer.

2. Il ressort des conclusions prises par les Parties que le Tribunal doit se prononcer d'abord sur les questions touchant sa compétence (ci-dessous ch. 2), puis sur celles relatives aux fins de non-recevoir (ci-dessous ch. 3). Les deux types d'objections doivent être traitées séparément et successivement, puisqu'elles ont trait à des questions différentes. Il est vrai que, dans les procédures CIRDI, la distinction est sans portée pratique, à la différence de ce qui peut valoir dans d'autres procédures arbitrales ; en effet, les recours à l'encontre des décisions rendues à propos de l'une ou de l'autre question ne sont pas différents, dans le système de la Convention, qu'il s'agisse de compétence ou de fins de non-recevoir. En outre, ainsi qu'il sera exposé, les fins de non-recevoir soulevées par les parties peuvent également avoir une incidence sur la compétence du Tribunal arbitral (voir ci-dessous n° 40). C'est aussi l'ordre des arguments suivi par les Conseils dans leurs plaidoiries (cf. Procès-verbal de l'audience du 21 juin 2004).

2. La compétence du Tribunal arbitral

3. Dans sa dernière écriture (cf. En Fait n° 48), la République algérienne a pris d'abord les conclusions suivantes : « *dire et juger*

« i) *que le Tribunal arbitral est incompétent pour connaître du différend faisant l'objet de la Requête d'Arbitrage du 3 février 2003, au motif que ce différend ne remplit pas les conditions requises par l'Article 25.1 de la convention de Washington de 1965 pour entrer dans le champ de compétence du CIRDI ;*

ii) *subsidiatement, et pour le cas où, par impossible, le Tribunal Arbitral se déclarerait compétent pour connaître du différend exposé dans la Requête d'Arbitrage du 3 février 2003, dire et juger que cette compétence se trouve limitée à l'examen et à l'instruction des seules demandes formulées dans la Requête d'Arbitrage du 3 février 2003, qui correspondent à des violations de l'Accord entre le Gouvernement de la République Algérienne Démocratique et Populaire et le Gouvernement de la République Italienne sur la Promotion et la Protection Réciproques des Investissements, signé à Alger le 18 mai 1991 (le « Traité Bilatéral ») ;*

iii) *très subsidiatement, et pour le cas où, par impossible, le Tribunal Arbitral se déclarerait compétent pour connaître des demandes figurant dans la Requête d'Arbitrage et correspondant à des violations du Traité Bilatéral, déclarer irrecevables l'ensemble des demandes présentées par le Consorzio Groupement L.E.S.I.- DIPENTA dans la Requête d'Arbitrage du 3 février 2003, au motif que le Consorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA, qui se présente comme le Demandeur, n'étant pas partie au marché N° 167/ANB/SM/93 du 20 décembre 1993, n'a pas la qualité pour agir ;*

iv) *plus subsidiatement encore, dans le cas où, par impossible, le Tribunal Arbitral déclarerait mal fondée la fin de non recevoir exposée ci-dessus en iii), déclarer irrecevables l'ensemble des demandes présentées par le Consorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA dans la Requête d'Arbitrage du 3 février 2003, faute pour le Demandeur de satisfaire aux conditions posées à l'Article 8.1 et à l'Article 8.2 du Traité Bilatéral pour pouvoir bénéficier de l'option de compétence prévue à l'Article 8.2 de ce traité :*

- *le Demandeur n'ayant pas respecté le délai de six (6) mois prévu à l'Article 8.2 du Traité Bilatéral avant d'introduire sa Requête d'Arbitrage,*
- *le Demandeur n'ayant pas la qualité d' « investisseur » au sens du Traité Bilatéral,*
- *l'exécution du marché N° 167/ANB/SM/93 du 20 décembre 1993 ne pouvant être qualifié d'investissement de la part de l'Entrepreneur,*

de telle sorte que le différend exposé dans la Requête d'Arbitrage du 3 février 2003 ne peut être considéré comme « un différend relatif aux investissements entre l'un des Etats contractants et un investisseur de l'autre Etat contractant » au sens de l'Article 8.1 du Traité Bilatéral. »

Seule la conclusion principale concerne un problème de compétence ; le Tribunal arbitral devra néanmoins en la traitant aborder quelques aspects relevés dans la seconde.

Dans toutes ses écritures, la Demanderesse a de son côté conclu au rejet de cette conclusion. En particulier, s'agissant des problèmes de compétence, elle a pris dans son « Mémoire en Réponse sur la Compétence » du 3 avril 2004 (ci-dessus En Fait n° 47) les conclusions suivantes:

« [...] »

- ii) *la compétence jure personae du Tribunal est établie par le fait que l'Etat Algérien est appelé à répondre des violations du Traité Bilatéral qui résultent tant de ses propres actions ou omissions que des actions ou omissions de l'ANB, qui est assimilable à l'Etat en droit international (Chapitre III) ;*
- iii) *la compétence du Tribunal jure materiae est établie, puisque le marché en cause se qualifie d'investissement aux termes tant de la Convention que du Traité Bilatéral (Chapitres IV) ;*
- iv) *même si la Défenderesse ne conteste pas l'an debeat de l'indemnisation réclamée, la dispute demeure un différend juridique, puisqu'il incombe au Tribunal d'en déterminer le quantum (Chapitre V) ;*
- v) *conformément à l'Article 8.2 du Traité Bilatéral, l'Etat Algérien a donné son consentement à soumettre le présent différend à la juridiction du CIRDI, le différend n'ayant pas pour objet de simples réclamations contractuelles à l'encontre de l'ANB, mais visant principalement à obtenir l'indemnisation consécutive à une expropriation au sens de l'Article 4.3 du Traité Bilatéral (Chapitre VI). »*

4. Il est incontesté que la compétence du Tribunal arbitral pour se prononcer sur les conclusions de la Demanderesse repose sur l'article 25.1 de la Convention. Ce texte a la teneur suivante :

« La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement. »

Il est également incontesté entre les Parties (cf. Procès-verbal de l'audience du 21 juin 2004) que la compétence du Tribunal arbitral selon l'article 25.1 de la Convention est subordonnée à quatre conditions. Même s'il jugera utile de modifier quelque peu l'ordre des questions suggéré par les Parties, le Tribunal arbitral peut se rallier à ce choix. Il s'agit dès lors de vérifier :

- si l'on se trouve en présence d'un « différend d'ordre juridique » (ci-dessous ch. 2.1.),
- si ce différend est « en relation directe avec un investissement » (ci-dessous ch. 2.2.),

- s'il découle d'un problème entre « un Etat contractant et un ressortissant d'un autre Etat contractant » (ci-dessous ch. 2.3.), et
- si l'Etat concerné a « consenti par écrit » à la juridiction du Centre selon cette disposition (ci-dessous cf. 2.4.).

2.1. La nature juridique du différend ?

a) La question à résoudre

5. La Défenderesse considère que le désaccord qui subsiste entre les Parties ne constituerait pas un différend « d'ordre juridique » au sens de l'article 25.1 de la Convention mais serait de nature purement « comptable ou financière ». La Demanderesse conteste l'objection de la Défenderesse.

b) Les positions des Parties

6. En bref, la position de la Défenderesse est la suivante :

(i) Il n'existerait aucun différend entre la Défenderesse et le Consortium portant sur les violations de l'Accord bilatéral. Alors qu'un différend devrait exister préalablement au commencement du litige, la Demanderesse ne se serait plainte de telles violations que dans sa Requête d'arbitrage.

(ii) Le différend qui subsisterait ne serait pas de nature juridique puisqu'il ne porterait pas sur l'application ou l'interprétation du droit existant. Le principe d'une indemnisation n'étant pas contesté, l'objet du litige ne viserait que la méthode de détermination du préjudice subi par la Demanderesse (cf. les courriers de la Demanderesse adressés à l'ANB les 5 avril et 11 juin 2002 et la réunion du 3 mars 2002). Le différend serait donc purement de nature comptable ou financière et relèverait de la compétence de la Chambre Administrative de la Cour d'Appel (art. 1.08 du Cahier des Prescriptions Spéciales, Déf. pièce n° 1) (Déf. 27.01.04 p. 34 à 36 ; 05.05.04 n° 57 à 60 ; pièces n° 18, 23 et 24).

7. En bref, la position de la Demanderesse est la suivante :

(i) Pour qu'un différend préexiste au commencement du litige, il incomberait seulement au demandeur de déclarer son *petitum* sans qu'il lui soit nécessaire de préciser les dispositions juridiques sur lesquelles se fonderait la demande. Ainsi, avant le commencement de cet arbitrage, la Demanderesse aurait maintes fois réclamé à la Défenderesse la juste compensation du préjudice subi, qui ne l'aurait jamais payée. Il ne lui aurait pas été nécessaire de préciser que la résiliation du marché sans indemnisation équivalait à une violation de l'Accord bilatéral.

(ii) La seule détermination du préjudice subi par la Demanderesse constituerait un différend juridique en soi puisque les juges appliqueraient des critères juridiques pour déterminer le *quantum* du dommage. Le mot « juridique » aurait été employé à l'article 25 de la Convention dans le seul but d'écartier les simples conflits d'intérêts (politiques, économiques, etc.) qui ne rentreraient pas dans la juridiction du Centre (Dem. 03.04.04 n° 183 à 189 ; 03.06.04 pp. 29 à 32).

c) La position du Tribunal arbitral

8. Pour décider si les conclusions qui ont été jusqu'ici prises devant lui par la Demanderesse sont « d'ordre juridique » au sens de l'article 25.1 de la Convention, le Tribunal arbitral retient les éléments suivants :

- (i) La formule doit être prise dans son sens le plus large. Elle vise toutes les questions liées à des conclusions fondées sur les créances qu'une Partie prétend avoir contre l'autre en vertu de règles juridiques, qu'elles soient contractuelles ou légales. En cela, ces questions se distinguent de différends qui pourraient avoir un autre objet et un autre fondement, comme des questions d'ordre politique ou économique (Ch. H. Schreuer, *The ICSID Convention: a Commentary*, 2001, p. 104). Celles-ci ne peuvent faire l'objet sous cet angle d'une procédure contentieuse obéissant au régime de la Convention. Pour que l'on soit en présence d'un différend d'ordre juridique, il est nécessaire mais il suffit que la Demanderesse ait soumis au Tribunal arbitral des conclusions que celui-ci est à même de trancher en appliquant la procédure mise en place par la Convention et que sa décision puisse au besoin faire l'objet de mesures d'exécution.

En l'espèce, la Demanderesse a conclu au versement d'indemnités pour les préjudices qu'elle prétend avoir subis à la suite de la résiliation du Contrat. Il s'agit à l'évidence de conclusions formelles, fondées sur les créances qu'elle prétend avoir en raison de la relation contractuelle qui la liait à la Défenderesse. Ces conclusions peuvent être instruites, discutées et tranchées conformément à la procédure de la Convention, et elles pourraient par la suite faire l'objet de mesures d'exécution.

- (ii) Le fait que le litige ne porte pas sur le principe de l'indemnisation, lequel n'est pas contesté, mais sur le montant n'y change rien. Il est fréquent dans des procédures de cette nature que la difficulté porte non sur le principe, mais sur les montants, sans que cela modifie de quelque façon la nature de la controverse. Les deux aspects sont souvent d'ailleurs intimement imbriqués. Même sous l'angle apparemment limité de l'indemnité, c'est bien à un tribunal qu'il appartient de trancher si les préjudices ont été établis, s'ils doivent être indemnisés en application des règles applicables et, dans l'affirmative, s'il existe des motifs qui pourraient justifier une répartition différente de l'indemnisation. Ces questions dépassent de pures opérations comptables, limitées à la prise en compte de valeurs admises par les Parties et n'impliquant aucune appréciation fondée sur des normes de droit.

En l'espèce, même si la Défenderesse ne conteste pas le principe de l'indemnisation, il subsiste entre les Parties à l'évidence d'importantes divergences sur la nature et le montant des préjudices dont la Demanderesse est en droit d'obtenir la réparation en vertu des règles applicables au Contrat. Preuve en soient les difficultés jusqu'ici rencontrées pour trouver un accord entre les Parties et l'échec des négociations qui ont été jusqu'ici menées. On voit mal comment des comptables pourraient trancher avec effet contraignant et exécutoire des difficultés du genre de celles qui opposent les Parties.

9. Il découle des développements qui précèdent que :
- *le différend qui oppose les parties est bien « d'ordre juridique » au sens de la Convention.*

2.2. Un différend relatif à un investissement ?

a) La question à résoudre

10. La Défenderesse estime que le marché de construction n'aurait pas les caractéristiques d'un « investissement » au sens de l'article 25.1 de la Convention. La Demanderesse conclut au rejet de cette objection.

b) Les positions des Parties

11. En bref, la position de la Défenderesse est la suivante :

- (i) Le Marché ne correspondrait pas à la définition de l'« investissement » au sens de l'article 25 de la Convention telle que posée par la doctrine classique qui exige la réalisation d'un apport, une certaine durée et le fait que l'investisseur supporte, au moins en partie, les aléas de l'entreprise. Une seule décision rendue sous l'égide du CIRDI aurait considéré qu'un marché de construction serait un investissement au sens de la Convention (*Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, affaire n° ARB/00/4, décision du 23 juillet 2001 sur la compétence, *JDI* 2002.196).
- (ii) La Demanderesse n'aurait effectué aucun apport en capital, en équipements, en matériel ou en industrie à l'ANB pour l'installation du chantier, investissements qui seraient devenus propriété de l'ANB. La Demanderesse n'aurait même pas commencé à construire l'ouvrage et n'aurait fourni que des services pour lesquels elle aurait été rémunérée (D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, LGDJ, 4^{ème} Ed., 1998, p. 398).
- (iii) La durée de la construction (cinquante mois) n'aurait pas atteint la durée nécessaire (cinq ans comme le prévoit le premier projet élaboré pour la Convention de Washington). Elle n'aurait de surcroît apporté aucun lien durable entre l'ANB et la Demanderesse, celle-ci n'étant d'aucune façon associée à la gestion ou l'exploitation du barrage (D. Carreau et P. Juillard, *op.cit.* p. 398).
- (iv) Le Marché n'aurait pas pour objet de faire supporter à l'investisseur tout ou partie des aléas de l'entreprise, puisque celui-ci n'aurait pas été associé au résultat de l'exploitation du barrage. La Demanderesse n'encourait aucun risque autre que ceux inhérents à l'exécution du Contrat (défaillance du maître de l'ouvrage, travaux supplémentaires, survenance d'un cas de force majeure, etc.) et qui se trouveraient déjà couverts par les dispositions spécifiques du Marché (M. Bouhacene, *Droit de la coopération industrielle*, Publi-sud, 1986, p. 130 ; Déf. 27.01.04 p. 37 à 43 ; 05.05.04 n° 61 et 67).

12. En bref, la position de la Demanderesse est la suivante :

- (i) La décision rendue dans l'affaire *Salini* ne serait pas la seule décision CIRDI à avoir considéré un marché de construction comme un investissement (cf. affaire CIRDI n° ARB/00/6 *Consorzio RFCC c. Maroc*, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, publiée sur le site internet du CIRDI). D'autres décisions rendues sous l'égide du CIRDI auraient qualifié d'investissements des opérations telles que l'achat de certains billets à ordre ou des services d'inspection ayant pour objet l'assistance au gouvernement pour déterminer les tarifs douaniers applicables (cf. affaires CIRDI *Fedax, CSOB, SGS c. Pakistan et SGS c. Philippines*). Une interprétation libérale et extensive de l'article 25.1 serait dictée par le préambule de la Convention (cf. affaire CIRDI no. ARB/96/3 *CSOB c. République Slovaque*) (Dem. pièces n° G29, G30, G31, G32).
- (ii) La Demanderesse aurait réalisé des apports en numéraire, en nature et en industrie, et ces biens seraient restés à disposition de la Défenderesse jusqu'à l'évacuation ordonnée suite à la résiliation. D'ailleurs un apport ne pourrait être limité exclusivement à un transfert de propriété et serait constitué en l'espèce par les charges financières que la Demanderesse aurait dû assumer pour l'exécution même partielle de la construction (cf. affaires CIRDI *SGS c. Pakistan et SGS c. Philippines*).
- (iii) S'agissant de la durée, aucune durée minimale ne serait requise ; elle devrait être appréciée cas par cas (cf. Ch. H. Schreuer, p. 140). En l'espèce, le Marché aurait duré 90 mois.
- (iv) L'aléa serait une caractéristique à tout marché de construction et serait représenté par de nombreux risques tels que les prescription de l'Ordre de service, le respect de la législation future du travail, les sujétions occasionnées par l'exploitation des services publics, suspension des travaux pour moins d'une année, etc. (cf. Cahier de Clauses Administratives Générales, Dem. pièce n° G33).
- (v) Selon la pratique internationale, les contrats de construction seraient les exemples d'investissement les plus fréquents (cf. Ch. H. Schreuer, op.cit., p. 138 et 139 ; C. B. Lamm et A. C. Smutny, *The Implementation of ICSID Arbitration Agreements*, ICSID Review : Foreign Investment Law Journal, 1996, n. 1 p. 64ss) (Dem. 03.04.04 n° 131 à 180, 03.06.04 pp. 25 à 28).

c) La position du Tribunal arbitral

13. Pour décider si l'on se trouve en présence d'un « investissement » au sens de l'article 25.1 de la Convention, le Tribunal arbitral retient les éléments suivants :

- (i) La Convention ne propose aucune définition de la notion d'investissement, pourtant essentielle au fonctionnement du régime applicable (voir Rapport des administrateurs sur la Convention, §27). Il n'appartient pas au Tribunal arbitral de prendre à ce sujet des positions générales mais de décider si, et le cas échéant, à quelles conditions un contrat de construction peut remplir les conditions d'un investissement au sens de la Convention.

- (ii) Les deux Parties citent la décision *Salini*. Contrairement à ce que prétend la Défenderesse, cette décision n'est nullement isolée ; elle s'inscrit au contraire dans un courant jurisprudentiel qui admet de manière relativement large ce que peuvent être des investissements (décision du 11 juillet 1997 sur la compétence, *Fedax N.V. c. République du Venezuela*, *JDI* 1999.278, décision du 24 mai 1999 sur la compétence, *CSOB c. République slovaque*, *ICSID Rev.* 1999, p. 251; décision du 6 août 2003 sur la compétence, *SGS c. République islamique du Pakistan*, *JDI* 2004.258 ; décision du 29 janvier 2004 sur la compétence, *SGS c. République des Philippines*, 19 *Int'l Arb. Rep.* C1 (février 2004)).
- (iii) Ces décisions ne fournissent toutefois pas de lignes claires, mais paraissent au contraire se fonder sur des choix effectués de cas en cas. Le Tribunal arbitral observe qu'il s'en dégage quelques critères objectifs, de nature à garantir une certaine sécurité.
- (iv) Or, il paraît conforme à l'objectif auquel répond la Convention qu'un contrat, pour constituer un investissement au sens de la disposition, remplisse les trois conditions suivantes ; il faut
 - a) que le contractant ait effectué un apport dans le pays concerné,
 - b) que cet apport porte sur une certaine durée, et
 - c) qu'il comporte pour celui qui le fait un certain risque.

Il ne paraît en revanche pas nécessaire qu'il réponde en plus spécialement à la promotion économique du pays, une condition de toute façon difficile à établir et implicitement couverte par les trois éléments retenus.

14. Pour l'examen de ces conditions, le Tribunal arbitral retient les éléments suivants :

- (i) S'agissant de l'apport : Il ne peut y avoir d'« investissement » que si une partie fait dans le pays concerné des apports ayant une valeur économique. Sans doute peut-il s'agir au premier chef d'engagements financiers, mais ce serait privilégier une interprétation par trop restrictive que de ne pas admettre d'autres sacrifices. Ces apports peuvent donc consister en prêts, en matériaux, en travaux, en services, pour autant qu'ils aient une valeur économique. En d'autres termes, il faut que le contractant ait engagé des dépenses, sous quelque forme que ce soit, afin de poursuivre un objectif économique. De même est-il fréquent que ces investissements soient effectués dans le pays concerné, mais il ne s'agit pas non plus d'une condition absolue. Rien n'empêche en effet que des investissements soient en partie du moins engagés depuis le pays de résidence du contractant mais en vue et dans le cadre du projet à réaliser à l'étranger.

En l'espèce, la Demanderesse affirme avoir engagé des moyens importants en vue de la construction. Le Tribunal arbitral ne peut à ce stade se prononcer sur la réalité de ces engagements qui fondent les conclusions de la Demande, mais, dans la perspective limitée qui est la sienne dans l'examen du problème de la recevabilité de l'action, il ne peut que s'en contenter. La Défenderesse ne conteste pas d'ailleurs qu'il y ait eu des frais qui ont été engagés ainsi que des prestations justifiant paiement et/ou indemnisation, faute de quoi elle ne serait pas entrée en matière sur les demandes d'indemnisation. Le fait que les montants réclamés puissent avant tout couvrir, comme le prétend la Défenderesse, des dépenses engagées dans le pays d'origine de la Demanderesse n'est pas

déterminant en soi, ainsi qu'il vient d'être rappelé. Qui plus est, l'expérience apprend que, dans des contrats du genre de celui qui est en cause, les dépenses initiales, nécessaires à la préparation du projet et du chantier, consistent en prestations, matérielles et immatérielles, qui peuvent et doivent souvent être effectués dans le pays d'origine ; elles n'en sont pas moins destinées au pays concerné.

- (ii) S'agissant de la durée : Même si elle est plus délicate à cerner dès lors qu'elle comprend un élément d'appréciation, la notion doit être comprise largement. Pour que l'on puisse en effet parler d'un investissement au sens de la Convention, il faut que l'on se trouve en présence d'engagements économiques ayant une valeur importante, suffisante en tout cas pour que l'on puisse admettre qu'il s'agit d'une opération de nature à promouvoir l'économie et le développement du pays concerné. La Convention ne fournit aucun critère objectif. Pour les contrats de construction, la jurisprudence publiée se fonde en plus sur la durée du contrat, qui paraît en effet une bonne mesure pour autant qu'elle concerne un projet d'une véritable importance nationale (décision sur la compétence du 16 juillet 2001, *Consortium R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*, affaire n° ARB/00/4, §62, disponible sur le site internet du CIRDI; décision sur la compétence du 23 juillet 2001, *Salini c. Royaume du Maroc, op. cit.*, §54; décision sur la compétence du 27 septembre 2001, *Autopista Concesionada de Venezuela c. Venezuela*, affaire n° ARB/00/5, 6 *ICSID Rev.* 469 (2001)).

En l'espèce, cette condition paraît à première vue remplie. Le Contrat concernait la réalisation du barrage de Koudiat Acerdoune dans la Wilaya de Bouira ; sa durée minimum était précisément de cinquante mois. On ne peut de toute façon pas se montrer excessivement rigoureux tant l'expérience apprend que des objets du genre de celui qui est en cause justifient souvent des prolongations, sans parler de la durée de la garantie.

- (iii) S'agissant du risque : L'exigence est elle aussi compréhensible, si l'on considère les objectifs poursuivis par la Convention. L'idée était en effet d'offrir une garantie particulière de juridiction aux entreprises désireuses d'investir dans un autre pays. Il serait donc trop restrictif d'en limiter l'application à des contrats comportant un élément aléatoire, comme ce serait le cas de contrats d'assurance, voire de manière plus large pour certains contrats de prêts. Le risque considéré peut toucher en réalité n'importe quel contrat impliquant pour celui qui s'engage des risques accrus. Il ne suffit pas pour cette raison que l'Etat puisse démontrer que le contrat offre des mécanismes de contrôle et que tout litige pouvant découler de l'application du contrat pourrait être soumis aux juridictions nationales. Sans vouloir de quelque façon mettre en cause l'indépendance et la qualité des juridictions locales, il s'agit d'offrir une procédure facile à connaître, prévoyant l'intervention d'arbitres internationaux, en plus des mécanismes ordinaires.

En l'espèce, le Contrat implique des risques et des incertitudes dont certains, selon la Demanderesse, se sont précisément réalisés à la suite de la résiliation du Contrat. Le fait que les litiges puissent aussi être tranchés devant les juridictions nationales comme la Demanderesse a d'abord tenté de le faire ne la prive pas du droit de saisir la juridiction internationale si elle estime pouvoir se mettre au bénéfice de sa protection.

15. Il découle des développements qui précèdent que :
- *le différend soumis au Tribunal arbitral est bien en relation directe avec un « investissement » au sens de la Convention.*

2.3. Un différend avec un Etat ?

a) La question à résoudre

16. La Défenderesse estime qu'il ne s'agit pas d'un différend entre un « Etat contractant » et un ressortissant d'un autre Etat contractant. La Demanderesse conclut au rejet de cette objection.

b) Les positions des Parties

17. En bref, la position de la Défenderesse est la suivante :

- (i) Le Marché aurait été conclu non pas avec l'Etat algérien mais avec une entité autonome, l'ANB. Celle-ci aurait d'ailleurs émis l'appel d'offres du 14 septembre 1992, l'ordre de service de commencer les travaux du 20 décembre 1993 et c'est elle qui aurait conclu les trois avenants et émis l'avis de résiliation.
- (ii) De plus, la Demanderesse n'aurait jamais écrit au Ministère de l'Hydraulique ou à celui des Ressources en eau pour se plaindre d'un manquement de la République algérienne à ses obligations en vertu de l'Accord bilatéral, qui seul serait applicable à un différend entre les deux Parties. Tous ses courriers auraient concerné un manquement de l'ANB à ses obligations selon le Marché ou selon le Code algérien.
- (iii) Or, l'ANB, étant une personne morale de droit public autonome, serait dénuée de prérogatives de puissance publique et non-assimilable à l'Etat. Selon la jurisprudence et la doctrine, il y aurait d'ailleurs une présomption d'autonomie des personnes morales de droit public (cf. United States Court of Appeals, Fifth Circuit : *Bridas et al. v. Government of Turkmenistan* du 9 septembre 2003; K.-H. Böckstiegel, *Arbitration and State Entreprises*, Déf. pièces n° 13).
- (iv) Enfin, le Marché ne serait pas un marché d'Etat selon la réglementation algérienne, mais un marché des établissements publics à caractère administratif. Il aurait fait l'objet de l'approbation du seul Directeur Général de l'ANB (Déf. 27.01.04 p. 12 à 17 ; 05.05.04 n° 34 à 54).

18. En bref, la position de la Demanderesse est la suivante :

- (i) Le présent différend porterait sur la violation par l'Etat algérien de l'Accord bilatéral, puisque le Marché constituerait l'investissement protégé par l'Accord bilatéral. Seule la Défenderesse pourrait être considérée responsable de son éventuelle violation.

- (ii) L'ANB serait assimilée à l'Etat algérien. Selon la pratique internationale, l'imputabilité de son comportement à l'Etat serait établie et son autonomie formelle ne serait pas décisive. L'ANB ferait partie de l'organisation effective de l'Etat algérien (cf. Articles sur la responsabilité internationale des Etats de la Commission du Droit international des Nations Unies ; affaires CIRDI no. ARB/00/4, *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc.* et no. ARB/97/7 *Maffezini c. Royaume d'Espagne* ; Dem. pièces n° G26).
- (iii) L'ANB engagerait la responsabilité de l'Etat algérien. Créée par décret, elle serait gérée, contrôlée et administrée par des membres du Gouvernement algérien. Son activité serait entièrement soumise à des décisions gouvernementales. Son activité dépendrait du budget et des ressources de l'Etat algérien. Elle exercerait certaines fonctions d'intérêt public selon les règles applicables aux administrations publiques. Aucun pouvoir spécial de représentation ou de délégation ne serait donc nécessaire vu que ses fonctions institutionnelles découleraient des lois qui l'ont constituée et qui régleraient son activité (Dem. pièces n° G8 et G9).
- (iv) Le Marché aurait été conclu par l'ANB en qualité d'agent de l'Etat. Elle aurait été désignée comme « l'Administration » dans le Cahier des Prescriptions Spéciales et dans les deux Avenants (Déf. pièces n° 2 à 4).
- (v) La participation d'autres organes de l'Etat algérien à la négociation et à l'exécution du Marché confirmerait que sa conclusion et son exécution engage la responsabilité de l'Etat (Déf. pièces n° 10, 9, 11 et 19 ; Dem. 03.04.04 n° 71 à 110 ; 03.06.04 pp. 12 à 24).

c) La position du Tribunal arbitral

19. Pour décider si l'on se trouve en présence d'un différend opposant une partie à un « Etat contractant », au sens de l'article 25.1 de la Convention, le Tribunal arbitral retient les éléments suivants :

- (i) A s'en tenir au texte de la disposition, il est nécessaire mais il suffit que l'action ait été intentée à l'encontre d'un Etat. L'approche est certes purement formelle, mais il est exclu à un Tribunal arbitral d'entrer à ce stade dans l'examen du fond et de vérifier s'il est possible d'imputer une responsabilité à l'Etat; il s'agit là d'une question de fond qui devra précisément faire l'objet d'un examen détaillé en relation avec les conclusions prises.

En l'espèce, il suffirait donc en soi au Tribunal arbitral de constater que les conclusions ont été prises à l'encontre de la République algérienne, ce qui remplit formellement du moins la condition exigée.

- (ii) Cette approche *prima facie* devrait toutefois être abandonnée s'il devait d'emblée apparaître que l'Etat recherché n'a à l'évidence aucun lien avec le contrat en cause et que l'action intentée contre lui a de ce fait un caractère abusif. Ce serait le cas en particulier si le contrat avait été conclu avec une entreprise totalement étrangère à son activité et son influence. La jurisprudence admet toutefois que la responsabilité de l'Etat peut être engagée dans des contrats

pourtant passés par des entreprises de droit public distinctes de lui lorsque son influence n'en reste pas moins importante voire prédominante (décision sur la compétence du 25 janvier 2000, *Emilio Augustin Maffezini c. Royaume d'Espagne*, affaire n° ARB/97/7, 16 *ICSID Rev.* 212(2001), §71-89 ; décision sur la compétence du 16 juillet 2001, *Consortium R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*, *op. cit.* §28-35 ; voir également l'article 8 des Articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, annexés à la Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies n° 56/83 du 12 décembre 2001 (Doc. A/RES/56/83)).

- (iii) En l'espèce, le Contrat a certes été passé par l'ANB, qui est un organisme indépendant de la République algérienne, ayant la personnalité morale. Il n'en demeure pas moins qu'il ressort des éléments jusqu'ici soumis au Tribunal arbitral qu'on ne peut d'emblée exclure une implication de la République algérienne : celle-ci semble avoir participé indirectement du moins à la négociation ; elle paraît disposer dans l'entreprise d'une influence importante, peut-être déterminante : il apparaît également qu'elle a pu jouer un rôle dans la détérioration des relations entre les Parties. Le Tribunal arbitral considère dès lors, que, sans vouloir à ce stade de quelque façon préjuger de la question de fond, il ne peut exclure une implication éventuelle de l'Etat. Il va de soi que cette constatation ne préjuge aucunement de la question de l'imputabilité.

20. Il découle des développements qui précèdent que :

- *le différend soumis au Tribunal arbitral oppose la Demanderesse à un « Etat contractant » au sens de la Convention.*

2.4. Un différend couvert par le consentement de l'Etat ?

a) La question à résoudre

21. La Défenderesse considère que le différend n'est pas couvert par les termes de l'Accord bilatéral passé par elle avec l'Italie et qu'elle n'a en conséquence pas « consenti par écrit [à soumettre les différends de cette nature] au Centre ». La Demanderesse est également sur ce point d'un avis opposé.

La question est liée à l'interprétation de l'Accord bilatéral, en particulier aux dispositions suivantes (dans leur version française), qui fondent la compétence du Centre :

Article 1

« Pour l'application du présent accord :

1. Le terme « investissement » désigne tout élément d'actif quelconque et tout apport en numéraire, en nature ou en services, investi ou réinvesti, dans tout secteur d'activité économique, quel qu'il soit.

Sont considérés notamment, mais non exclusivement, comme des investissements au sens du présent accord des apports des investisseurs consistant dans les éléments ci-après :

a) les biens meubles et immeubles ainsi que tous autres droit réels de l'investisseur, y compris les droits réels de garantie sur une propriété de tiers, pour autant qu'ils puissent être employés aux fins de l'investissement ;

b) les actions, parts sociales et autres titres de participation aux sociétés constituées sur le territoire de l'un des Etats contractants ;

c) les obligations, les titres de crédit et droits à toutes prestations ayant valeur économique liées à un investissement de même que les titres publics et aussi les revenus provenant des investissements, qui sont réinvestis ;

d) les droits d'auteur, les droits de propriété industrielle, tels que brevets d'invention, licence, marques déposées, modèles et maquettes industrielles, le know how les procédés techniques, les noms déposés et la clientèle ;

e) tout droit conféré par la loi ou par contrat et toute autre licence provenant d'un contrat et concession conformes à la loi, y compris les droits provenant d'un contrat ou d'une concession administrative en matière de prospection, extraction et exploitation des ressources naturelles, à l'exclusion des activités réservées à l'Etat.

Il est entendu que les éléments d'actifs et autres apports définis ci-dessus doivent avoir été investis, conformément aux lois de l'Etat contractant sur le territoire duquel sont effectués lesdits investissements, après la date de signature du présent accord.

Les investissements d'une personne physique ou morale ressortissant d'un Etat contractant, effectués sur le territoire de l'autre Etat contractant avant la date de signature du présent accord et réalisés conformément aux lois et règlements en vigueur, peuvent bénéficier, à sa demande, des dispositions du présent accord après leur mise en conformité avec la législation de ce dernier Etat contractant, applicable à la date de la signature du présent accord.

Toute modification de la forme d'investissement et de réinvestissement des éléments d'actifs et des apports ci-dessus, n'affecte pas leur qualité d'investissement à condition que cette modification soit conforme à la législation de l'Etat contractant sur la territoire duquel l'investissement a été ou est réalisé. »

[...]

Article 2

« Chacun des Etats contractants admet et encourage, dans le cadre de sa législation et des dispositions du présent accord, les investissements effectués sur son territoire par les nationaux et personnes morales de l'autre Etat contractant. »

Article 8

« [...]

2. *Si le différend ne peut pas être réglé à l'amiable dans un délai de six (6) mois de la date d'une requête, formulée par écrit à cet effet, l'investisseur concerné pourra soumettre le différend exclusivement à l'une des instances désignées ci-après :*

- a) à la juridiction compétente de l'Etat contractant sur le territoire duquel l'investissement est réalisé ;
- b) au « Centre international pour le règlement des différends sur les investissements » pour la mise en œuvre des procédures de conciliation ou d'arbitrage, visées par la Convention de Washington du 18 mars 1965, sur le « règlement des différends liés aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats », dès que les deux Etats contractants y auront adhéré à plein titre ;
- c) à un tribunal arbitral ad hoc, constitué conformément aux dispositions de l'article 9 du présent accord. »

Article 11

« Le présent accord s'applique également aux investissements effectués, après la date de la signature et avant son entrée en vigueur, par les investisseurs de l'un des Etats contractants sur le territoire de l'autre Etat contractant à la condition qu'ils soient conformes aux lois et règlements applicables dans le dernier Etat contractant, à la date de la signature du présent accord. »

b) Les positions des Parties

22. En bref, la position de la Défenderesse est la suivante :

Le consentement de la Défenderesse pour soumettre certains différends à la juridiction du CIRDI serait exigé à l'article 8.2 de l'Accord bilatéral. Toutefois, celui-ci ne s'appliquerait pas au présent litige pour trois raisons (Déf. 27.01.04 p. 43 à 47) :

- (i) Le consentement de la Défenderesse ne s'appliquerait qu'aux différends relatifs aux « investissements ». Pour être qualifié d'« investissement » au sens de l'Accord bilatéral et pour bénéficier de sa protection, un investissement étranger devrait non seulement correspondre à la définition prévue par son article 1 mais aussi satisfaire à la condition de conformité de la législation de l'Etat algérien prévue par ses articles 1 *in fine*, 2 et 11. Cette exigence serait une règle coutumière que l'on retrouverait non seulement dans tous les accords bilatéraux conclus par l'Algérie de 1990 à ce jour, mais aussi dans la quasi-totalité des traités bilatéraux de par le monde. Or, la Demanderesse n'aurait pas au moment de la conclusion du Marché observé le Décret législatif n° 93-12 du 5 octobre 1993 qui exige que les investissements étrangers fassent l'objet d'une déclaration auprès de l'Agence de promotion, de soutien et de suivi des Investissements (ci-après « APSI »). D'ailleurs, ni l'ANB ni la Demanderesse n'aurait considéré le contrat de construction comme un investissement, le terme « investissement » n'étant jamais apparu dans les documents contractuels, ni dans la correspondance échangées entre les Parties au Marché. Pour le surplus, le Marché aurait été soumis au visa préalable de la Commission nationale des Marchés et non à celui de l'APSI, ce qui signifierait qu'il serait un marché public au sens du Décret exécutif n° 91-434 du 9 novembre 1991 et non un « investissement » au sens du Décret législatif du n° 93-12 du 5 octobre 1993 (Déf. 27.01.04 p. 17 à 27).
- (ii) Les litiges relatifs aux marchés conclus avec l'ANB, une entité autre que l'Etat algérien lui-même, seraient exclus de la compétence du CIRDI (cf. décision CIRDI

Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c/ Royaume du Maroc du 23 juillet 2001).

- (iii) La compétence du Tribunal serait limitée à l'examen des violations de l'Accord bilatéral. Or, la Défenderesse n'aurait commis aucune violation de l'Accord, distincte du grief reproché par la Demanderesse à l'ANB, soit la résiliation du Contrat sans indemnisation (cf. affaires CIRDI *Tradex Hellas c. République d'Albanie*, JDI, 2000, p 151ss et *SGS c/ République des Philippines* ; Déf. 27.01.04 pp. 43 à 47 ; 05.05.04 n° 68 à 73 ; pièce n° G32).

23. En bref, la position de la Demanderesse est la suivante :

- (i) Le Marché serait un « investissement » et les prétentions de la Demanderesses seraient couvertes par la clause de résolution des litiges de l'article 8 de l'Accord bilatéral. La définition d' « investissement » serait exclusivement déterminée au sens de l'Accord, sans référence à la loi nationale du pays d'accueil. D'ailleurs, l'art. 1 se référerait à la régularité de l'investissement et non à sa définition (cf. décision *Salini*, pièce Dem. G26 et autres traités bilatéraux conclus par l'Etat algérien, pièces Déf. n° 14 à 16). Il en découle qu'en l'espèce, le Marché pourrait bien être qualifié d' « investissement » au sens du Traité bilatéral mais, au contraire, qu'il ne pourrait l'être au sens du Décret algérien n° 93-12 réglant l'admission des investissements étrangers. Pour le surplus, ce décret ne viserait pas tous les investissements étrangers qui se réalisent en Algérie. D'ailleurs la déclaration auprès de l'APSI qu'il prévoit ne ferait qu'accorder certains avantages à l'investisseur et son refus n'entraînerait pas l'obligation pour lui de cesser son opération (Def. pièce n° 17 ; Dem. 03.04.04 n° 117 à 130).
- (ii) L'exigence de la conformité à la législation signifierait simplement que l'Accord bilatéral ne protégerait pas les investisseurs qui auraient accédé au pays d'accueil en violation de ses lois ou agi de façon illégitime.
- (iii) Les demandes de la Demanderesse ne seraient pas fondées sur des violations purement contractuelles de l'ANB, mais principalement sur des violations de l'Accord bilatéral, même si elles trouvent leur origine dans les agissements de l'ANB.
- (iv) Afin de décider de sa compétence, le Tribunal arbitral ne ferait qu'un test *prima facie* de l'existence de demandes fondées sur l'Accord bilatéral, basé sur les circonstances de fait et de droit soumises par le demandeur. La preuve et le fondement de ces prétentions seraient renvoyés à l'examen sur le fond (cf. affaire *Vivendi, SGS c. Pakistan, SGS c. Philippines* ; Dem. pièces n° G31 et G32).
- (v) En l'espèce, les prétentions de la Demanderesse seraient fondées sur l'Accord bilatéral :
- La résiliation injustifiée et sans indemnisation du Marché constituerait une expropriation indirecte (cf. R. Jennings and A. Watts, *Oppenheim's International Law*, Longman, 9th ed., pp. 928 et 929 ; S. M. Schwebel, *On Whether the Breach by a State of a Contract with an Alien Is a Breach of International Law*, dans *Le droit international à l'heure de sa codification*,

Etudes en l'honneur de Roberto Ago, Milano, 1987, p. 405, 406, 410 et 411 ; affaires CIRDI n° ARB/84/3 *SPP c. Egypte*, n° ARB (AF)/97/1 *Metalclad*, etc.) et violeraient les articles 4.2, 4.3 et 4.4 du Traité bilatéral).

- La réquisition de la base technique de la Demanderesse en décembre 2002 constituerait une expropriation directe (Dem. pièce n° 25) (arts 4.2, 4.3 et 4.4 du Traité bilatéral).
- Le défaut de capacité de la Défenderesse de garantir la sécurité et la disponibilité des sites, les mesures discriminatoires, la suspension des travaux, etc. constitueraient des violations des articles 2, 4.1 et 4.5 de l'Accord bilatéral.

(vi) La compétence du CIRDI sur les manquements de l'Etat algérien découlerait également de l'article 8.1 de l'Accord bilatéral rédigé en termes généraux et qui ne contiendrait aucune limitation autre que la relation entre le différend et un investissement.

c) La position du Tribunal arbitral

24. Pour déterminer si le différend qui lui est soumis est couvert par le consentement contenu dans l'Accord bilatéral, le Tribunal arbitral retient les éléments suivants :

- (i) Le consentement donné par l'Etat algérien à la juridiction du Centre, qui seul peut fonder la compétence du Tribunal arbitral, est lié à des investissements. La controverse porte sur le sens qu'il convient de donner à ce terme dans l'Accord.
- (ii) L'Accord bilatéral donne de l'investissement une définition générale à l'article 1 chiffre 1 paragraphe 1 dans des termes très larges : Le terme désigne « tout élément d'actif quelconque et tout apport en numéraire, en nature ou en services, investi ou réinvesti dans tout secteur d'activité économique, quel qu'il soit ». La formule est volontairement large et recouvre, de l'avis du Tribunal arbitral, le sens généralement donné au terme dans l'interprétation de la Convention.

Or, le Tribunal arbitral a déjà exposé plus haut, en relation avec cette notion, que l'on pouvait admettre aux conditions précisées que le Contrat passé par la Demanderesse pouvait entrer dans cette catégorie. Il n'y a, à son avis, aucune raison pour en décider différemment ici.

Cette interprétation est d'ailleurs clairement confirmée par certains des exemples proposés - et de manière non exhaustive - par l'article 1 chiffre 1 paragraphe 2. On y trouve à la lettre e) en effet la mention de « tout droit conféré par la loi ou par contrat et toute autre licence provenant d'un contrat et concession conformes à la loi, y compris droits provenant d'un contrat ou d'une concession administrative en matière de prospection, extraction et exploitation des ressources naturelles, à l'exclusion des activités réservées à l'Etat ».

- (iii) La Défenderesse tire argument du fait que le texte de l'Accord précise à plusieurs reprises qu'il doit s'agir d'investissements effectués « conformément aux lois et règlements en vigueur » (cf. p.ex. art. 1 ch. 1 para 2 lett. e, art. 1 ch. 1 al. 3, art. 1 ch. 1 al. 4, art. 1 ch. 1 al. 5, art. 11). Or, selon elle, le Contrat ne

remplit pas formellement les exigences que la loi algérienne pose pour la reconnaissance d'un « investissement », lequel suppose en particulier une procédure spéciale aboutissant à une reconnaissance formelle.

Le Tribunal arbitral ne peut pas souscrire à une telle interprétation : D'abord, parce que, s'agissant d'un traité international, le sens à retenir doit être celui que les deux Parties peuvent lui donner, et non celui que l'une d'elles entend faire valoir au vu de sa législation nationale. Ensuite, parce que la mention que fait le texte à la conformité aux lois et règlements en vigueur ne constitue pas une reconnaissance formelle de la notion d'investissement telle que la comprend le droit algérien de manière restrictive, mais, selon une formule classique et parfaitement justifiée, l'exclusion de la protection pour tous les investissements qui auraient été effectués en violation des principes fondamentaux en vigueur. Enfin, parce qu'il n'est nullement certain que la définition retenue en droit algérien puisse être déterminante dans un contexte comme celui qui est en cause, dès lors qu'elle sert avant tout à tracer le cadre dans lequel les investissements pourront bénéficier de privilèges fiscaux dans le régime algérien, une préoccupation compréhensible certes, mais totalement étrangère à l'objectif de l'Accord.

25. Toutefois, le fait que la Défenderesse ait donné son consentement écrit ne signifie pas encore nécessairement qu'il ait une portée générale et puisse donc fonder une compétence pour toute violation que la Demanderesse pourrait invoquer. Le consentement ne peut en effet valoir que dans la mesure où l'Accord bilatéral l'admet.

(i) L'objet de la protection est décrit de manière générale par l'article 4 chiffre 1 de l'Accord qui a la teneur suivante :

« Les investissements effectués par des nationaux ou des personnes morales de l'un des Etats contractants, bénéficient de la protection sur le territoire de l'autre Etat contractant, d'une protection et d'une sécurité constantes, pleines et entières, excluant toute mesure injustifiée ou discriminatoire qui pourrait entraver, en droit ou en fait, leur gestion, leur entretien, leur utilisation, leur jouissance, leur transformation ou leur liquidation sous réserves des mesures nécessaires au maintien de l'ordre public. »

Il en découle que le consentement n'est pas donné, de manière extensive, pour toutes les créances et les actions qui pourraient être liées à un investissement. Il est nécessaire que les mesures prises reviennent à une violation de l'Accord bilatéral, ce qui signifie en particulier qu'elles soient de nature injustifiée ou discriminatoire, en droit ou en fait. Ce n'est donc pas nécessairement le cas de toute violation d'un contrat.

(ii) Cette interprétation est confirmée *a contrario* par la rédaction que l'on trouve dans d'autres traités. Certains traités contiennent en effet ce qu'il est convenu d'appeler des clauses de respect des engagements ou "*umbrella clauses*". Ces clauses ont pour effet de transformer les violations des engagements contractuels de l'Etat en violations de cette disposition du traité et, par là même, de donner compétence au tribunal arbitral mis en place en application du traité pour en connaître (v. par ex. l'article 10(1) *in fine* du Traité sur la Charte de l'énergie; l'article 3 du traité bilatéral relatif aux investissements du 30 novembre 1995

entre la France et Hong Kong ou l'article 11 (2) du traité bilatéral relatif aux investissements conclu le 30 mars 1994 entre l'Allemagne et le Kuwait). Une telle formule n'a précisément pas été retenue pour le traité conclu entre l'Algérie et l'Italie, ce qui confirme *a contrario* l'interprétation retenue.

- (iii) Il en découle que le consentement donné par la République algérienne a une portée réduite. Il ne suffit pas à la Demanderesse d'établir une violation du Contrat ; il faut en plus qu'elle démontre que cette violation est simultanément constitutive d'une violation de l'Accord et de la protection qu'il entend garantir.
- (iv) Il est exclu au Tribunal arbitral de se montrer à ce stade sur la nature et la portée des violations dont la Demanderesse prétend avoir été la victime. C'est à celle-ci qu'il appartiendra dans la procédure au fond de l'établir ; le Tribunal arbitral ne peut que constater que la Demanderesse invoque des violations de l'Accord bilatéral.

26. Il en découle que :

- *la Défenderesse a bien donné son consentement par écrit à la compétence du Centre, mais uniquement si les mesures sur lesquelles se fonderait la Demanderesse constituent des violations de l'Accord bilatéral.*

2.5. Première conclusion

27. Il en découle que :

le Tribunal arbitral est à première vue compétent pour se prononcer sur les conclusions de la Demanderesse, mais si et dans la mesure seulement où elles se fondent sur la violation de la protection de l'Accord bilatéral.

3. Les fins de non recevoir

28. Dans ses conclusions, la Défenderesse a également pris la conclusion suivante :

- « ii) *subsidiatement*, et pour le cas où, par impossible, le Tribunal Arbitral se déclarerait compétent pour connaître du différend exposé dans la Requête d'Arbitrage du 3 février 2003, dire et juger que cette compétence se trouve limitée à l'examen et à l'instruction des seules demandes formulées dans la Requête d'Arbitrage du 3 février 2003, qui correspondent à des violations de l'Accord entre le Gouvernement de la République Algérienne Démocratique et Populaire et le Gouvernement de la République Italienne sur la Promotion et la Protection Réciproques des Investissements, signé à Alger le 18 mai 1991 (le « Traité Bilatéral ») ;
- iii) *très subsidiatement*, et pour le cas où, par impossible, le Tribunal Arbitral se déclarerait compétent pour connaître des demandes figurant dans la Requête d'Arbitrage et correspondant à des violations du Traité Bilatéral, déclarer irrecevables l'ensemble des demandes présentées par le Consorzio Groupement

L.E.S.I.- DIPENTA dans la Requête d'Arbitrage du 3 février 2003, au motif que le Consorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA, qui se présente comme le Demandeur, n'étant pas partie au marché N° 167/ANB/SM/93 du 20 décembre 1993, n'a pas la qualité pour agir ;

iv) plus subsidiairement encore, dans le cas où, par impossible, le Tribunal Arbitral déclarerait mal fondée la fin de non recevoir exposée ci-dessus en iii), déclarer irrecevables l'ensemble des demandes présentées par le Consorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA dans la Requête d'Arbitrage du 3 février 2003, faute pour le Demandeur de satisfaire aux conditions posées à l'Article 8.1 et à l'Article 8.2 du Traité Bilatéral pour pouvoir bénéficier de l'option de compétence prévue à l'Article 8.2 de ce traité :

- le Demandeur n'ayant pas respecté le délai de six (6) mois prévu à l'Article 8.2 du Traité Bilatéral avant d'introduire sa Requête d'Arbitrage,*
- le Demandeur n'ayant pas la qualité d' « investisseur » au sens du Traité Bilatéral,*
- l'exécution du marché N° 167/ANB/SM/93 du 20 décembre 1993 ne pouvant être qualifié d'investissement de la part de l'Entrepreneur,*

de telle sorte que le différend exposé dans la Requête d'Arbitrage du 3 février 2003 ne peut être considéré comme « un différend relatif aux investissements entre l'un des Etats contractants et un investisseur de l'autre Etat contractant » au sens de l'Article 8.1 du Traité Bilatéral. »

La Demanderesse a de son côté conclu au rejet de toutes ces objections. En particulier dans son Mémoire en Réponse sur la Compétence du 3 avril 2004 (cf. ci-dessus En Fait n° 47), elle a demandé au Tribunal arbitral de déclarer que :

« i) la demande est recevable, car le Consorzio a la qualité pour agir et la tentative de règlement à l'amiable prévue au Traité Bilatéral a été régulièrement épuisée (Chapitres I et II) ;

[...]. »

Le Tribunal arbitral reprendra ces trois arguments, en traitant successivement :

- de l'objection liée au non-respect du délai de six mois suivant la tentative de résolution du contrat (ci-dessous ch. 3.1.),*
- de l'objection tirée de l'absence de qualité pour agir de la Demanderesse (ch. 3.2.),*
et
- de l'objection tirée de la procédure de marché public (ci-dessous ch. 3.3.).*

3.1. Le défaut de tentative de résolution à l'amiable du différend et le non-respect du délai de six mois (article 8.2 de l'Accord bilatéral)

a) La question à résoudre

29. De l'avis de la Défenderesse, la Requête d'arbitrage serait irrecevable du fait que la Demanderesse n'aurait pas respecté les conditions de tentative de règlement amiable et de respect d'un délai de six mois prévues par l'article 8.2 de l'Accord bilatéral. La

Demanderesse conteste cette objection et l'interprétation que la Défenderesse fait de cet article.

L'article 8 de l'Accord bilatéral a la teneur suivante:

« 1. Tout différend relatif aux investissements entre l'un des Etats contractants et un investisseur de l'autre Etat contractant est, autant que possible, réglé à l'amiable entre les deux parties concernées.

« 2. Si le différend ne peut pas être réglé à l'amiable dans un délai de six (6) mois de la date d'une requête, formulée par écrit à cet effet, l'investisseur concerné pourra soumettre le différend exclusivement à l'une des instances désignées ci-après :

- a) à la juridiction compétente de l'Etat contractant sur le territoire duquel l'investissement est réalisé ;*
- b) au « Centre international pour le règlement des différends sur les investissements » pour la mise en œuvre des procédures de conciliation ou d'arbitrage, visées par la Convention de Washington du 18 mars 1965, sur le « règlement des différends liés aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats », dès que les deux Etats contractants y auront adhéré à plein titre ;*
- c) à un tribunal arbitral ad hoc, constitué conformément aux dispositions de l'article 9 du présent accord. »*

b) Les positions des Parties

30. En bref, la position de la Défenderesse est la suivante :

- (i) La requête de tentative de règlement prévue par l'article 8.2 de l'Accord bilatéral serait entourée d'un certain formalisme, dont le non-respect priverait l'investisseur de l'option de compétence qu'il offre. Son ouverture devrait non seulement faire référence à cet article mais encore rappeler le délai de six mois imparti au destinataire pour y répondre, ce que la Demanderesse aurait omis de mentionner.
- (ii) Or, la Demanderesse n'aurait pas mentionné l'article 8.2 de l'Accord bilatéral ni le délai de six mois ; elle n'aurait pas défini l'objet du litige, ne se serait pas présentée comme un « investisseur » et n'aurait pas chiffré sa réclamation (cf. ses requêtes des 5 avril et 15 mai 2002 ; Dem. pièces n° G10 et G21).
- (iii) La démarche de la Demanderesse constituerait un recours hiérarchique auprès de l'autorité de tutelle de l'ANB en application du Décret algérien n° 91-434 du 9 novembre 1991 les marchés publics (cf. sa lettre du 15 mai 2002 ; Dem. pièce n° G22).
- (iv) Le délai de six mois courrait non pas de la première, mais de la dernière démarche de règlement à l'amiable ; en l'occurrence, la dernière proposition de la Demanderesse étant datée du 28 octobre 2002, les six mois ne se seraient pas encore écoulés le 3 février 2003, date du dépôt de la Requête d'arbitrage (Déf. 27.01.04 pp. 27 à 32 ; 05.05.04 n° 27 à 33).

31. En bref, la position de la Demanderesse est la suivante :

- (i) La tentative de règlement aurait commencé en avril 2002 et aurait continué jusqu'en septembre-octobre 2002. La date de référence pour le calcul du délai de six mois serait non celle du constat de l'échec de la tentative, mais celle où la tentative est requise pour la première fois, donc en l'espèce le 5 avril 2002. Tout au plus, le point de référence pourrait-il être le 15 mai 2002, date à laquelle le Ministre aurait reçu les compléments d'information lui permettant de comprendre l'objet, la valeur et les arguments de la réclamation.
- (ii) Suite à cela, le Ministre aurait dû mettre en place la procédure prévue mais il se serait désintéressé du dossier et aurait renvoyé la Demanderesse auprès de l'ANB, qui en aurait reçu copie le 3 juillet 2002.
- (iii) L'article 8.2 de l'Accord bilatéral ne prévoirait aucun formalisme. Il se limiterait à exiger une requête formulée par écrit, identifiant le différend et son objet, qui ne devrait être nécessairement chiffré ou détaillé. La requête ne devrait non plus pas indiquer l'option juridictionnelle que l'investisseur choisirait après l'échéance du délai (cf. Affaire CIRDI no. ARB/00/4, *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*) (Dem. 03.04.04 n° 60 à 68 ; pièce n° G26 ; 03.06.04 pp. 10 et 11).

c) La position du Tribunal arbitral

32. Pour décider si les exigences formelles prévues par l'Accord bilatéral ont été respectées, le Tribunal arbitral retient les éléments suivants :

- (i) L'exigence figurant à l'article 8.1. de l'Accord bilatéral est souvent prévue par des traités de ce type, voire plus généralement par des contrats contenant une clause arbitrale. L'idée est qu'il serait contraire aux règles de la bonne foi que l'une des parties à un contrat ouvre une procédure judiciaire ou arbitrale sans qu'ait été préalablement tentée une conciliation ; dans l'esprit d'un contrat, c'est aux parties concernées de régler d'abord leur différend. La règle doit être interprétée dans ce contexte, ce qui exclut qu'on en fasse une lecture exagérément formaliste.
- (ii) Cela dit, la première question est de savoir quel est le moment déterminant pour le calcul du délai. Selon le texte, celui-ci court « de la date d'une requête, formulée par écrit à cet effet ». C'est donc bien le moment de la première requête qui est déterminant, et non celui où serait constaté l'échec de la négociation. La règle se comprend : elle revient à dire que les parties doivent dans tous les cas respecter une trêve de six mois durant laquelle elles doivent tenter une conciliation, un délai qui paraît raisonnable pour l'une et l'autre partie. Si l'on retenait le moment du constat de l'échec, de toute façon difficile à fixer, on ne comprendrait pas la justification de ce sursis qui forcerait la Demanderesse à patienter, sans compter qu'il serait possible à l'autre partie d'en retarder exagérément la survenance.

En l'espèce, la Requête d'arbitrage date du 3 février 2003 (cf. En Fait n° 39). La procédure est donc respectée si la Demanderesse a adressé une requête à la Défenderesse au plus tard le 3 août 2002.

- (iii) La deuxième question est de savoir quelles sont les exigences que doit remplir la requête pour faire courir le délai de six mois. Le texte ne le précise pas, et l'on ne peut pour cette seule raison se montrer trop formaliste. Rien en particulier ne permet de conclure qu'il serait indispensable à la Demanderesse de formuler ses prétentions de manière précise, ni qu'elle menace d'ores et déjà l'autre Partie des mesures de procédure qu'elle pourrait être amenée à prendre. L'idée est que l'on prenne en considération le premier moment à partir duquel la Demanderesse s'adresse officiellement à l'autre Partie pour lui faire savoir qu'elle entend obtenir un paiement en décrivant le cadre général. Il n'est nulle part exigé que cette requête comprenne d'autres éléments, qui seraient de toute façon étrangers au but poursuivi par la règle.

En l'espèce, c'est au mois d'avril 2001 déjà que la Demanderesse a été informée de la résiliation du Contrat (En Fait n° 20). Elle a immédiatement pris l'initiative de demandes adressées aux représentants de la République en vue de son indemnisation (En Fait n° 21 ss). Elle s'est adressée une nouvelle fois à ces autorités et de manière plus formelle par lettre du 5 avril 2002, demandant officiellement l'ouverture de négociations en vue d'un règlement amiable (En Fait n° 26 ss). Elle s'est adressée une fois encore au Ministère le 15 mai 2002 (En Fait n° 27). Il apparaît dans ces conditions que, même en adoptant la version la moins favorable, le délai a été amplement respecté.

- (iv) Le Tribunal arbitral relève, en outre, que la condition examinée n'a pas un caractère absolu et que l'on devrait pouvoir en faire abstraction dans des cas où il apparaîtrait à l'évidence qu'une tentative de conciliation serait d'emblée vouée à l'échec, en raison de l'attitude manifestée de manière définitive par l'autre partie.

33. Il découle des développements qui précèdent que :

- *le délai de six mois prévu par l'article 8.2 de l'Accord bilatéral a été respecté.*

3.2. Le défaut de qualité pour agir de la Demanderesse

a) La question à résoudre

34. La Défenderesse estime que la Requête d'arbitrage déposée le 3 février 2003 serait irrecevable faute pour la Demanderesse d'avoir la qualité pour agir contre la République algérienne. Selon la Demanderesse, l'objection d'irrecevabilité de la Défenderesse serait dépourvue de fondement et confinerait à la mauvaise foi (Déf. 27.01.04 p.10 ; Dem. 3.04.04 n° 11 et 56). Ainsi que l'observera le Tribunal arbitral, l'argument soutenu par la Demanderesse va, en réalité, au-delà d'une simple question de recevabilité et a une incidence sur la compétence du Tribunal arbitral.

b) Les positions des Parties

35. En bref, la position de la Défenderesse est la suivante :

- (i) Les sociétés L.E.S.I. S.p.A et Gruppo DIPENTA Costruzioni S.p.A. n'auraient pas averti l'ANB qu'elles étaient constituées en consortium depuis le 20 décembre 1993 ; elles se seraient toujours présentées comme un groupement momentané d'entreprises, qui, selon le droit italien, serait dépourvu de la personnalité juridique (cf. même papier en-tête, même dénomination, etc.).
- (ii) Par ailleurs, le Marché aurait été signé par la Demanderesse quelques jours avant le 20 décembre 1993, date à laquelle le Consortium a été constitué, de sorte que seules les deux sociétés constituées en groupement momentané seraient parties au Contrat. Le Consortium aurait été constitué aux seules fins de l'exécution du contrat.
- (iii) Le Consortium ne serait titulaire d'aucun droit selon le Marché ou selon l'Accord bilatéral ; pour être recevable, la Requête d'arbitrage aurait dû être déposée par les deux sociétés en tant que co-demanderesses puisqu'elles seules seraient titulaires de ce marché.
- (iv) Cependant, cela serait aujourd'hui impossible dans la mesure où la société Gruppo DIPENTA Costruzioni S.p.A. aurait cessé d'exister et aurait été radiée du Registre du Commerce le 19 juillet 1999 (Déf. 27.01.04 p. 4 à 10 ; 05.05.04 n° 1 à 26).

36. En bref, la position de la Demanderesse est la suivante :

- (i) L'existence du Consortium aurait été confirmée par la Soumission du 20 décembre 1993. Dans le Protocole constitutif de Groupement qu'elle contenait, les deux sociétés auraient annoncé qu'en cas d'adjudication des travaux, elles constitueraient un consortium en vue de la signature du Marché, ce qui aurait été fait le 20 décembre 1993 sous le nom « Groupement Lesi-Dipenta ». Par ailleurs, l'acte constitutif du Consortium et les statuts auraient été transmis à l'ANB le 13 avril 1994 (Dem. pièces n° G13, G14, G15, G11 et Déf. pièce n° 1).
- (ii) Le Consortium serait le titulaire du Marché, celui-ci ayant été déjà constitué à la date de la signature, et à ce titre, il aurait exécuté les travaux jusqu'à la résiliation du Marché. La Défenderesse en aurait eu la connaissance puisque la Demanderesse aurait signé tous les actes contractuels au titre du Consortium ; elle aurait également transmis l'acte constitutif à l'ANB et aurait toujours utilisé le papier en-tête du Consortium avec indication du siège social.
- (iii) Conformément à ses statuts, le Consortium aurait toutes les caractéristiques du consortium de droit italien. Il aurait une structure administrative organisée selon le modèle connu (un siège social, un conseil de direction et un président) ; il aurait un objet qui à l'origine était la construction du barrage de Koudiat-Acerdoune et qui fut élargi à celle du Tunnel d'El-Achir ; ses membres seraient solidairement responsables (Dem. pièces n° G15 et G17).
- (iv) Tant le Consortium que ses membres seraient demandeurs. Ce serait le Consortium qui aurait conclu le marché et à ce titre pourrait faire valoir les droits qui en découlent. S'agissant d'un organisme transparent et mandataire, ses membres seraient titulaires des droits découlant du Marché et de l'Accord bilatéral, y compris le droit d'ouvrir le présent arbitrage.

- (v) L'absorption de Gruppo DIPENTA Costruzioni S.p.A. par Astaldi S.p.A. et sa succession *ope legis* dans le Consortium à raison de 0,01% n'affecterait ni l'identité ni la continuité du Consortium. D'ailleurs, elle serait intervenue alors que le Marché était paralysé depuis de nombreuses années (Dem. pièce n° G19).
- (vi) Cela aurait d'ailleurs été constaté dans un autre arbitrage (CCI no. 11504/ACS/FM) opposant le Consortium au Ministère des Transports Algérien et de la Société Nationale des Travaux Ferroviaires-SNTF dans le cadre d'un litige relatif à la construction du Tunnel d'El-Achir (Dem. pièce n° G20 et G17).
- (vii) Pour le surplus, l'objection de la Défenderesse ne serait pas de bonne foi, d'autant moins que celle-ci n'aurait subi aucun préjudice en raison du changement de composition du Consortium (Dem. 3.04.04 n° 12 à 56).
- (viii) Subsidiairement, si, par hypothèse, le Marché avait été signé non pas par le Consortium mais par les deux entreprises conjointement, le Consortium demeurerait le véritable investisseur au sens de l'article 8 de l'Accord bilatéral. Plus subsidiairement, si le Consortium ne devait pas être admis comme demandeur, ses membres auraient la qualité pour agir en se prévalant de la requête d'arbitrage soumise par le Consortium qui aurait agi pour leur compte. Plus subsidiairement encore, les deux entreprises auraient le droit d'ester en justice, le cas échéant, à la place du Consortium (Dem. 03.04.04 pp. 2 à 9).

c) La position du Tribunal arbitral

37. Il n'y a guère de doute, et la Demanderesse ne le conteste d'ailleurs pas, qu'à s'en tenir strictement aux textes qui ont été soumis au Tribunal arbitral et sans entrer encore dans la discussion, les Parties qui ont signé le Contrat ne sont pas identiques à celle qui a déposé la Requête d'arbitrage :

- (i) Selon les pièces produites, la soumission a été faite par le Groupement Momentané d'Entreprises, composé de deux entreprises indépendantes, savoir la société Lavori Edili Stradali Industriali L.E.S.I S.p.A d'une part, et le Gruppo Dipenta Costruzione S.p.A. d'autre part (En Fait n° 7). Le même jour, le Contrat a été signé (En Fait n° 8) : Sur la page de couverture, les deux entreprises sont mentionnées séparément ; sur la page de signature, on retrouve la mention du « Groupement d'entreprises LESI/DIPENTA Costruzioni S.p.a ».

Il n'est pas contesté qu'il s'agit là d'un consortium d'entreprises « simple », à caractère « interne » au sens de l'article 2602 CCit. Cette structure n'entraîne pas la reconnaissance d'un sujet de droit nouveau dans les relations avec les tiers. Il en découle que les droits et les obligations appartiennent en commun à tous les membres qui doivent les exercer en commun. La figure rappelle une institution comparable que l'on retrouve dans la plupart des systèmes juridiques continentaux. C'est afin de lever toute ambiguïté que l'on parlera à ce sujet du « consortium interne ».

- (ii) Selon son texte, la Requête d'arbitrage a été déposée par le « Consorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA » (En Fait n° 1). Il est composé des deux

entreprises, LESI et DIPENTA. Il a été constitué par acte notarié le 20 décembre 1993 (En fait n° 9) et inscrit au Registre des Entreprises de Rome, auprès du Tribunal de Rome, ainsi qu'auprès de la Chambre de commerce de Rome (En fait n° 9).

Il n'est pas contesté qu'il s'agit cette fois d'un consortium « qualifié », avec effets « externes » envers les tiers, conformément aux dispositions des articles 2612 à 2615bis CCit. Or, ce consortium est de nature particulière, puisqu'il est en droit de devenir en son nom titulaire de droits et d'obligations ; il dispose même de la capacité d'agir en justice (article 2613 CCit.) et a sa propre autonomie patrimoniale (article 2615-bis CCit.). C'est afin de lever toute ambiguïté que l'on parlera dans la suite de cette présentation pour le désigner du « consortium externe ».

- (iii) Il en découle qu'il n'y a apparemment pas identité entre les deux entités. Sans doute le consortium qualifié a-t-il la capacité pour agir, mais tout le problème est ici de savoir s'il y est légitimé par des liens contractuels avec la Défenderesse. Il n'a jamais été prétendu que les deux entreprises auraient cédé au consortium externe leur position dans le Contrat ; une telle possibilité n'est pas prévue par le Contrat et aurait dû faire l'objet d'une ratification formelle.
 - (iv) Il est évident pour le Tribunal arbitral qu'il ne peut entrer en matière sur une réclamation si celle-ci lui est soumise par un sujet de droit qui n'est pas lié par le contrat sur lequel elle repose. L'affirmation est si essentielle qu'elle n'a pas besoin d'être spécialement documentée. Peu importent les liens économiques qui peuvent exister entre les entreprises ; ainsi, la société-mère ne pourrait réclamer des prestations revenant contractuellement à sa société-fille, même si celle-ci dépend totalement d'elle, à moins de circonstances très particulières qui ne sont pas alléguées en l'espèce. Ce sont ces parties qui ont choisi de recourir pour des motifs qui leur appartiennent à des structures juridiques différentes ; elles ne peuvent ensuite demander à l'autre partie d'en faire purement et simplement abstraction.
 - (v) Il en découle que le Tribunal arbitral devra déclarer la Requête irrecevable pour défaut de qualité pour agir de la Demanderesse, et en tirer les conséquences susceptibles d'en découler sur sa compétence, à moins que n'existent des considérations de fait, de droit ou d'opportunité qui peuvent justifier en l'espèce une décision différente. S'il devait admettre la recevabilité sur ce point, resterait encore à examiner l'influence que peut avoir eu à cet égard le transfert à la société Astaldi de la part la société Dipenta.
38. La Demanderesse prétend que, si le Contrat a bien été signé par les deux entreprises individuelles réunies en un consortium interne, il aurait été immédiatement repris par le consortium externe, ce que la Défenderesse aurait su et accepté.
- (i) Dans l'Accord (interne) qu'elles ont passé le 24 novembre 1992 (En Fait n° 4), les deux entreprises ont prévu qu'elles s'engageaient, dans le cas de l'adjudication des travaux au groupement, « à ratifier le présent accord par la création d'un consortium entre les deux entreprises, qui sera régie par un statut sociétaire, tout en gardant chacune sa propre autonomie ». L'idée était donc que les deux entreprises formeraient un consortium interne pour la soumission

et que celui-ci prendrait fin en cas d'adjudication pour être remplacé par un consortium externe à constituer à ce moment.

Il ressort de ces textes que l'intention des entreprises était claire entre elles ; toute la question est de savoir si elles y ont suffisamment rendu les représentants de la Défenderesse attentifs et si ceux-ci y ont donc implicitement donné leur accord.

- (ii) Selon les documents remis en procédure, le consortium externe a été constitué, conformément au Protocole d'accord le jour même de la conclusion du Contrat (En fait n° 9). L'inscription sur les registres a été effectuée le 12 janvier 1994, soit dans les trente jours de la constitution, comme le prévoit l'article 2612 CCit. Sur le plan interne en tout cas, il avait dans l'esprit des entreprises pour résultat de se substituer au consortium interne.

Selon la Demanderesse, l'acte constitutif et les statuts du consortium ont été transmis à la Défenderesse par lettre du 13 avril 1994. Le Tribunal arbitral n'a pas de raison de douter de la réalité de cet envoi. La Demanderesse ne fournit aucune explication justifiant le décalage dans le temps entre l'inscription et sa communication, mais on peut admettre qu'il correspond au temps nécessaire aux formalités administratives et à leur communication. Il ressort de la lettre citée que la Demanderesse a bien transmis « l'acte constitutif », une formule qui établit qu'il s'agit bien d'une entité nouvelle. La lettre comprenait également le texte de l'Acte constitutif et les Statuts. Or, ceux-ci à l'évidence font référence à un consortium nouveau, « externe » au sens des articles 2612 ss CCit. Il ressort de ces textes que la Défenderesse a bien été informée de la constitution du consortium externe et qu'à aucun moment elle n'a manifesté la moindre opposition.

Pour le Tribunal arbitral toutefois, cette information est à elle seule insuffisante pour que l'on puisse en déduire que la Défenderesse a compris que, ce faisant, elle manifestait son accord à la substitution des deux entreprises signataires du Marché par un sujet de droit nouveau. Même si elle a son fondement dans les (nouvelles) règles du droit italien, l'institution du consortium externe est très particulière. Si l'idée des entreprises était d'y recourir, cela aurait justifié que leurs représentants y rendent la Défenderesse expressément attentive et obtiennent d'elle un accord explicite. Il était difficile pour la République algérienne de conclure des seules informations qui lui étaient transmises que cela revenait à une substitution de parties. Elle pouvait au contraire interpréter l'information qui lui était donnée comme la constitution par les entreprises signataires d'une nouvelle entité destinée non à se substituer à elles mais à se charger de l'exécution des travaux, une solution fréquemment suivie en pratique.

Pour le Tribunal arbitral, la simple communication des documents fondant la constitution du consortium externe ne pouvait suffire à entraîner l'accord de la Défenderesse à la substitution des entreprises signataires par le consortium externe.

- (iii) Il est exclu de vouloir tirer de plus amples conclusions de l'attitude des Parties durant l'exécution du Contrat. Sur le plan pratique, la difficulté tient au fait

qu'il est presque impossible de distinguer, dans les correspondances qui ont été par la suite échangées, voire dans les avenants qui ont été signés, si l'on a affaire aux deux entreprises individuelles ou au consortium externe.

En effet, tant le consortium interne que le consortium externe ont la même dénomination. La nuance pouvait échapper aux représentants de la Défenderesse. Il est vrai que la présentation des en-têtes des lettres adressées par les représentants de la Demanderesse contenait la mention d'une inscription au registre du commerce, mais la nuance est difficile à saisir. La forme choisie pour les avenants ne permettait pas de conclure avec certitude que l'on ne se trouvait plus en présence des mêmes parties.

On relèvera par exemple que la soumission déposée le 27 juin 1998 en vue de l'Avenant n° 3 est munie d'une déclaration de Monsieur Medoli concernant le « Groupement » et les entreprises le composant » (En Fait n° 19), ce qui paraît montrer qu'il y a une entité spéciale, en plus des deux entreprises formant le consortium interne. Cela ne paraît toutefois pas suffisant puisque, comme on l'a relevé plus haut, la Défenderesse pouvait en conclure que les deux entreprises signataires étaient toujours leur partenaire contractuel et que le consortium externe intervenait dans l'exécution du Contrat et non en qualité de partie ; s'il en avait été différemment d'ailleurs, il n'eût pas été nécessaire d'indiquer en plus dans la déclaration qu'elle émanait des deux entreprises composant le consortium.

Pour le Tribunal arbitral, il n'est de ce fait pas possible de conclure que la Défenderesse a pu comprendre qu'il y avait eu substitution de parties et qu'elle l'acceptait.

39. En droit, il ne fait aucun doute que la nature juridique du consortium est déterminée par la loi qui le régit, savoir en l'occurrence les dispositions du Code civil italien. Le Tribunal arbitral doit donc prendre en considération les informations qui lui ont été transmises par la Demanderesse, ainsi que celles qu'il a pu lui-même trouver.
- (i) Le consortium externe du droit italien est de nature hybride, comme le relèvent plusieurs des auteurs : Ainsi C. Crescenti, *I consorzi negli appalti di opere pubbliche*, in *Rivista trimestrale degli Appalti*, 1991 p. 91 : « A l'intérieur de la distinction rigide opérée par le Code civil de 1942 entre la personne physique (soit l'homme) et la personne juridique (soit uniquement l'organisme collectif reconnu comme tel par le biais d'un acte formel), s'insère maintenant, en tant que *tertium genus*, l'organisme collectif non reconnu auquel aujourd'hui on attribue unanimement la qualité de sujet de droit, c'est-à-dire 'la position [...] de destinataire des effets juridiques' et avec cela la capacité juridique. » (traduction de la Demanderesse). Dès lors qu'il a cette nature, le consortium externe a qualité pour agir et pour défendre ; il peut prendre en son nom des conclusions et s'opposer aux conclusions prises contre lui. La disposition centrale est en effet l'article 2613 CCit. qui a la teneur suivante : « I consorzi possono essere convenuti in giudizio in persona di coloro ai quali il contratto attribuisce la presidenza o la direzione, anche se la rappresentanza è attribuita ad altre persone. ».

En l'espèce, c'est bien le consortium externe qui a agi et pris des conclusions. Formellement, rien ne s'opposerait donc à ce que la République algérienne prenne aussi contre lui des conclusions reconventionnelles, même limitées au remboursement des frais de l'arbitrage et au versement d'une indemnité de partie. Cette constatation ne change toutefois pas les données du problème.

- (ii) Il est possible d'abord que le consortium externe puisse agir en son propre nom, passer un contrat ou être partie à un arbitrage. Mais il ne peut d'abord le faire que pour les droits et les obligations qui lui compètent personnellement, tirés d'un contrat auquel il est partie et qui fondent les conclusions qu'il prend en justice.

Or, en l'espèce, on a vu que, en fait, il n'était pas partie au Contrat et n'a jamais été reconnu comme partenaire, ni au moment de la conclusion ni ultérieurement ; les droits qu'il fait valoir sont ceux du Contrat qui a été incontestablement passé par les entreprises individuelles. Les conclusions qu'il a prises dans cette procédure ne lui appartiennent pas en propre.

- (iii) Il est possible ensuite que le consortium externe agisse en qualité de représentant des sociétés qui le composent, comme un mandataire pour les membres qui le composent. L'affirmation se retrouve dans quelques décisions de la Cour de cassation citées par la Demanderesse. Ainsi Cour de cassation, arrêt du 26 juillet 1996 n° 6774 : « Ainsi, en concluant des contrats avec des tiers aux sens de l'article 2615 Ccit. al.2 et en conformité avec les principes contenus dans les articles 2608 et 2609 Ccit., le consortium agit en tant que mandataire de ses membres. En cette qualité, le consortium peut légitimement réaliser au moyen de l'article 1710 Ccit., des actes qui interrompent la prescription ». Dans le même sens l'arrêt du 27 septembre 1997 n° 9509 : « En dérogation au principe général établi à l'article 1705 Ccit., le consortium et ses membres sont solidairement responsables au sens de l'article 2615 alinéa 2 Ccit. pour les obligations contractées par le consortium pour le compte de ses membres, sans qu'il soit nécessaire que le consortium agisse au nom de ces derniers, qui demeurent ainsi directement obligés par le simple fait que l'obligation a été contractée dans leur intérêt. ».

Or, en l'espèce, le consortium a toujours déclaré agir en son nom propre, et non en qualité de représentant des entreprises qui le composent lesquelles ne sont pas intervenues dans cette procédure, ni directement (personnellement) ni indirectement (par représentants interposés). La Requête d'arbitrage n'a pas été ouverte au nom des entreprises par le consortium, mais bien par le consortium lui-même, en son propre nom. Les procurations ultérieurement données n'y changent rien, dès lors qu'il ne s'agit pas d'un problème de pouvoir, mais de qualité pour agir et défendre.

- (iv) La seule issue serait d'admettre que le consortium externe de droit italien a compétence pour exercer en son propre nom des droits qui appartiennent en réalité aux membres qui le composent. Contrairement à ce qu'affirme la Demanderesse, rien dans les textes qui lui ont été soumis ne permet au Tribunal arbitral de tirer clairement une conclusion, qui, si elle pourrait être imaginée, resterait extraordinairement audacieuse sous cette forme et étrangère aux conceptions généralement admises dans les autres droits. Cela reviendrait

concrètement à reconnaître le droit à une entité, à laquelle est reconnue une véritable autonomie, de reprendre en son nom les droits et les obligations de tiers, sans que son partenaire ne doive y acquiescer ou même ne puisse s'y opposer.

Selon la Demanderesse, la construction serait en définitive sans portée pratique réelle, en particulier du fait que c'est la Demanderesse qui a pris l'initiative de l'action et pris des conclusions. Le Tribunal arbitral ne peut partager cette vue. Rien dans les textes cités par la Demanderesse ne permet de conclure que la décision qui sera rendue par le Tribunal arbitral sera opposable directement aux entreprises qui font partie du consortium et qu'elle pourrait faire l'objet d'exécution. Si tel devait être le cas en droit italien, ce qui n'a pas été démontré, rien ne permet d'affirmer qu'une autorité d'exécution d'un autre pays l'admettrait. Il est vrai que, jusqu'ici, la Défenderesse n'a pas pris de conclusions reconventionnelles au fond et que le risque serait donc avant tout assumé par les entreprises membres du consortium ; rien ne s'opposerait toutefois, si la procédure pouvait être poursuivie, à ce qu'elle puisse effectivement en prendre.

- (v) Qui plus est, la Défenderesse a pris des conclusions touchant les frais de l'arbitrage ; or il apparaît que le consortium externe jouit d'une certaine autonomie patrimoniale et qu'il est des engagements dont il répond sur le fonds consortial, à l'exclusion de la responsabilité des entreprises qui le composent. Dans le système (hybride) qui est reconnu par le droit italien, le principe en est exprimé par l'article 2615 al. 2 CCit. suivant lequel il faut distinguer entre la responsabilité du seul fonds consortial et la responsabilité solidaire avec ses membres. En principe, le consortium avec activité externe a une sphère de responsabilité propre. Toutefois, cette responsabilité limitée au seul fonds consortial ne vaut que pour les obligations strictement consortiales, c'est-à-dire pour les obligations qui sont liées à l'existence du consortium lui-même. Les auteurs citent par exemple les frais pour les bureaux et pour le personnel (F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, Vol. III, 3^e éd., Padoue 1999, p. 218). Rien ne permet d'exclure que les frais de l'arbitrage entrent précisément dans cette catégorie.
- (vi) Ainsi que le Tribunal arbitral l'a relevé plus haut, la question de la qualité de partie à un contrat et, par voie de conséquence, de partie à une procédure judiciaire ou arbitrale est essentielle au fonctionnement du droit privé. Les constructions juridiques audacieuses avancées par la Demanderesse à l'appui de sa thèse ne sauraient suffire à justifier en droit la substitution automatique d'une partie dans un contrat et une procédure.

40. En pratique, le Tribunal arbitral est conscient du fait qu'une décision constatant l'irrecevabilité de la Requête d'arbitrage cause à la Demanderesse une série de difficultés.

- (i) Elle obligerait d'abord les membres individuels du Consortium (le consortium interne) à déposer une nouvelle Requête, qui pourrait vraisemblablement être la copie conforme après corrections de celle qui a ouvert la présente procédure. Il n'empêche que les conditions en seraient clarifiées, alors qu'une décision inverse ferait planer sur la présente procédure le risque de recours, eux aussi sources de complications et de prolongations, d'autant que l'issue en serait incertaine.

(ii) Après l'ouverture de la nouvelle procédure, il appartiendrait aux Parties de nommer un nouveau Tribunal arbitral, qui pourrait être identique à celui-ci, mais il ne s'agit pas d'une nécessité puisque l'intention d'une partie ou la disponibilité des arbitres pourrait justifier ou imposer un autre choix. Il n'y a en soi aucun argument juridique interdisant à la Défenderesse de soulever à propos de la compétence les mêmes objections que celles qui sont tranchées dans la présente sentence, dès lors que celle-ci ne la lie pas étant rendue dans une procédure différente. Il n'en demeure pas moins que le Tribunal arbitral juge avoir discuté ces objections d'une manière qui pourrait en alléger l'examen dans une autre procédure.

En définitive, la Demanderesse n'étant pas titulaire des droits et obligations du Contrat par lequel l'investissement a été réalisé, il en résulte que sa Requête d'arbitrage est irrecevable, et qu'en conséquence elle ne peut prétendre être un investisseur au sens de l'article 25(1) de la Convention. De ce fait, l'irrecevabilité de la Requête d'arbitrage se double, en application des dispositions de la Convention, de l'incompétence du Tribunal arbitral lequel ne peut entrer en matière que sur les demandes d'un investisseur au sens de la Convention.

La présente décision ne préjudicie naturellement pas à la faculté pour les sociétés titulaires des droits et obligations nés du Contrat d'initier en leur nom et pour leur propre compte une instance CIRDI à l'encontre de la République algérienne démocratique et populaire sur le fondement de l'Accord bilatéral.

41. Il découle des développements qui précèdent que :

- *la Requête d'arbitrage déposée en son nom par le consortium est irrecevable, faute pour celui-ci de disposer de la qualité pour agir et le Tribunal arbitral est incompétent pour en connaître.*

3.3. Le problème lié à la procédure de marché public

42. La Défenderesse reproche enfin à la Demanderesse d'avoir assigné l'ANB devant la Chambre administrative de la Cour d'Alger : celle-ci aurait introduit deux actions portant sur une seule et même cause dans deux forums différents, ce qui serait un acte arbitraire violant l'article 26 de la Convention (Déf. 05.05.04 p. 63 et 64).

La Demanderesse considère que cette action ne porte pas atteinte à la compétence du Tribunal arbitral. Pour le cas où celui-ci se déclare compétent, l'assignation sera abandonnée (Dem. 03.04.04 n° 219 à 223 ; 03.06.04 pp. 33 à 41).

Compte tenu de la position prise par le Tribunal arbitral à propos de la recevabilité de l'action, il n'est pas nécessaire de discuter cette objection.

4. Les frais de l'arbitrage

43. Chacune des Parties a conclu à ce que l'autre soit condamnée au paiement de l'intégralité des frais de l'arbitrage et au versement d'une indemnité de partie.

Le Tribunal arbitral dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation. Considérant les décisions prises dans cette sentence, le Tribunal arbitral constate qu'il a été amené à rejeter la plupart des objections soulevées par la Défenderesse, mais qu'il a en revanche admis celle touchant la qualité pour agir de la Demanderesse et pour les raisons exposées ci-dessus sa propre compétence. Dans ces conditions, il considère qu'il est équitable que chaque Partie prenne à sa charge la moitié des frais.

Chaque Partie a participé aux frais de la procédure, à raison de USD 150,000 pour la Demanderesse et de USD 59,900 pour la Défenderesse. La Défenderesse devra donc verser à la Demanderesse la somme de USD 45,050. Au cas où il resterait un solde en faveur des Parties après que le CIRDI ait établi le décompte final des frais, les fonds non utilisés seront remboursés aux Parties, à concurrence de la moitié chacune.

Chaque Partie supportera en outre ses propres frais de représentation.

III. DISPOSITIF

Le Tribunal arbitral

Par ces motifs décide

1. *Le Tribunal arbitral n'est pas compétent pour connaître du litige entre le Consortium L.E.S.I. – Dipenta et la République algérienne démocratique et populaire.*
2. *Chaque Partie supporte la moitié des frais de l'arbitrage et supporte ses propres frais de représentation.*
3. *La Défenderesse doit à la Demanderesse la somme de USD 45,050 au titre de l'avance.*

Pierre Tercier, Président :

Signé

Date : 27.12.04

André Faurès, Arbitre :

Signé

Date : 20.12.2004

Emmanuel Gaillard, Arbitre :

Signé

Date : 22.12.2004