

CIRDI No. ARB/05/3
L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A.
c/ République algérienne démocratique et populaire

SENTENCE

Tribunal arbitral :

Professeur Pierre Tercier, Président
Professeur Bernard Hanotiau, Arbitre
Professeur Emmanuel Gaillard, Arbitre

Secrétaire du Tribunal arbitral :

Madame Eloïse Obadia

dans la procédure arbitrale
qui oppose

L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A.

Demanderesses

représentées par

Professeur Antonio Crivellaro, Professeur Luca Radicati di Brozolo et Maître Andrea Carlevaris, Bonelli Erede Pappalardo, Via Barozzi, 1, 20122 Milan, Italie ; tél. : +39 02 771 131 ; fax : +39 02 771 138 13 ; e-mail : bep.mi@beplex.com.

à

République algérienne démocratique et populaire

Défenderesse

représentée par

le Ministère des Ressources en Eau, 3, rue du Caire, B.P : 68, Kouba, Alger, Algérie ; tél. +213 21 28 30 00 ; fax : +213 21 28 11 18 ; et

assistée de

Maître Dominique Falque et Maître Jean-François Boucly, Falque & Associés, 9 Avenue Percier, 75008 Paris, France ; tél. +33 1 53 53 51 00 ; fax : +33 1 53 53 51 10 ; e-mail : jean-francois.boucly@falque.com,

Maître Mohammed Chemloul et Professeur Ahmed Laraba, 33bis rue des Pins, Hydra-Alger, BP 435 Hydra 16035 – Alger, Algérie ; tél. + 213 21 60 03 32 ; fax : +213 21 60 88 86.

Date d'envoi aux parties : 12 novembre 2008

En Fait¹

A. Les Parties

1. Les Demanderesses sont la société **L.E.S.I. S.p.A.** Lavori Edili Stradali Industriali, société de droit italien ayant son siège à Via Indonesia 100, 00144 Rome, Italie (ci-après « LESI »), et la société **ASTALDI S.p.A.**, société de droit italien ayant son siège à Via G.V. Bona 65, 00156 Rome, Italie (ci-après « ASTALDI »).

LESI agit dans cet arbitrage tant en son nom propre qu'au nom et pour le compte d'ASTALDI, conformément à l'échange de lettres des 11 et 14 février 2005 (Dem. pièces n° 1 et 2).

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. Abdelmalek Sellal, 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

La chronologie qui suit est volontairement sommaire ; elle a pour unique but de fixer le cadre du litige. Dans la mesure nécessaire, les points de fait importants pour la solution des questions à résoudre seront repris plus en détail dans la partie « En Droit ».

I. La conclusion du contrat

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.

¹ Les documents auxquels il est fait référence sont abrégés comme suit :

- Requête d'arbitrage des Demanderesses du 15 février 2005 = Dem. 15.02.05
- Mémoire des Demanderesses du 31 octobre 2005 = Dem. 31.10.05
- Mémoire de la Défenderesse du 24 mars 2006 = Déf. 24.03.06
- Contre-Mémoire des Demanderesses sur la compétence du 8 mai 2006 = Dem. 08.05.06
- Mémoire en défense complémentaire sur le préjudice du 28 septembre 2006 = Déf. 28.09.06
- Mémoire en réplique des Demanderesses du 28 février 2007 = Dem. 28.02.07
- Contre-mémoire en réplique de la Défenderesse du 30 juin 2007 = Déf. 30.06.07
- Mémoire complémentaire de la Défenderesse du 11 janvier 2008 = Déf. 11.01.08
- Réplique au Mémoire complémentaire de la Défenderesse du 30 janvier 2008 = Dem. 30.01.08
- Contre-Réplique au Mémoire complémentaire de la Défenderesse du 14 février 2008 = Déf. 14.02.08
- Pièces produites par les Demanderesses = Dem. pièce n°
- Pièces produites par la Défenderesse = Déf. pièce n°
- Transcription de l'audience du 17 mai 2006 = Transcript 17.05.06
- Transcription de l'audience du 5 novembre 2007 = Transcript 5.11.07
- Transcription de l'audience du 6 novembre 2007 = Transcript 6.11.07
- Transcription de l'audience du 7 novembre 2007 = Transcript 7.11.07
- Déclaration écrite de M. Giuseppe De Fanti du 20 février 2007 = Déclaration De Fanti
- Déclaration écrite de M. Ugo Napoli du 22 février 2007 = Déclaration Napoli
- Déclaration écrite de M. Giovanni Medioli du 26 février 2007 = Déclaration Medioli

Ce barrage devait servir à l'approvisionnement de la Ville d'Alger en eau potable (Dem. pièce n° 6 = Déf. pièce n° 4).

L'avis d'appel d'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* ».

4. Ce projet était partiellement financé par la Banque Africaine de Développement (ci-après la « BAD »). Le Gouvernement de la République algérienne avait demandé un prêt à la BAD en différentes monnaies afin de financer le coût en devises de la construction du barrage. Il était prévu qu'une partie du montant accordé serait utilisée pour effectuer les paiements prévus au titre du Marché (Avis de présélection National et International pour la construction du barrage de Koudiat Acerdoune du 14.09.1992 ; Déf. pièce n° 4). Un prêt de 106,4 millions d'UC pour le financement du barrage de Koudiat Acerdoune a été approuvé par le Conseil d'administration de la Banque le 31 août 1993, signé le 17 septembre 1993, et mis en vigueur le 1^{er} août 1994. Les économies réalisées à la suite de l'adjudication du Marché ont permis d'annuler un montant de 26 millions d'UC du prêt, laissant un prêt net de 80,4 millions d'UC (Aide Mémoire de la BAD du 2.06.1999, Déf. pièce n° 95).
5. Le 24 novembre 1992, LESI et le « Gruppo Dipenta Costruzione S.p.A. » (ci-après DIPENTA) ont signé un « *Protocole d'Accord pour la Constitution d'un Groupement Momentané d'Entreprises* » afin de soumettre une offre commune en vue de la réalisation du barrage (Dem. pièce n° 7). Dans la suite de cette présentation, les deux entreprises seront désignées comme formant le « Groupement ».

Par la suite, des modifications se sont produites dans la composition du Groupement :

- Le 11 décembre 1995, les Statuts du Groupement ont été modifiés de sorte que la quote-part de DIPENTA est passée de 40 % à 20 % et, du même coup, celle de LESI de 60 à 80% (Transcript 17.05.06, p. 8).
 - Le 5 juin 1996, les Statuts du Groupement ont été modifiés de sorte que la quote-part de DIPENTA est passée à 0,01% et, du même coup, celle de LESI à 99,9 (Dem. 15.02.05, n° 3.3.).
 - Le 30 juin 1999, DIPENTA a été incorporée par fusion-absorption par la société ASTALDI (Dem. pièce n° 3).
6. Lors de réunions tenues les 27 et 30 octobre 1993, l'ANB a communiqué aux représentants du Groupement sa décision de lui confier les travaux de réalisation du barrage, sous réserve de l'approbation du contrat par les structures de contrôle concernées (Dem. pièce n° 10 = Déf. pièce n° 5).
 7. Le 20 décembre 1993, le Groupement et 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 »). Ce Contrat faisait suite à la soumission déposée le même jour par le Groupement (Déf. pièce n° 6).

Dans ses grandes lignes, le Contrat prévoyait notamment ceci (Dem. pièce n°11) :

- Le Groupement s'engageait « *envers le Ministère de l'Équipement, l'Agence Nationale des Barrages, à exécuter les prestations conformément aux conditions du Cahier des Prescriptions Spéciales* » (pièce contractuelle n°1, Dem. pièce n° 11.1= Déf. pièce n° 6) ;
 - le montant global du marché était alors fixé à 599.948.514,00 Dinars algériens, en dehors de toutes taxes, impôts, droits, frais et redevances douanières et hors TVA (pièce contractuelle n°1, Dem. pièce n° 11.1= Déf. pièce n° 6) ;
 - le délai global d'exécution du marché était de cinquante mois à compter de l'ordre de service qui devait marquer le commencement des travaux (pièce contractuelle n° 1, Dem. Pièce n° 11.1 = Déf. Pièce n° 6).
8. Deux avenants ont été formellement conclus par la suite :
- l'Avenant n° 1, du 31 décembre 1996, portant sur l'introduction de la taxe sur la valeur ajoutée (ci-après « TVA ») au montant initial du Contrat (Dem. pièce n° 11 = Déf. pièce n°9) ;
 - l'Avenant n° 2 conclu les 4 octobre 1997 et 2 novembre 1997, relatif à la TVA et l'introduction d'un nouveau prix (Déf. pièce n° 10).
9. Le 20 décembre 1993, soit le jour même de la conclusion du contrat, l'Ordre de Service de commencement des travaux a été notifié au Groupement (Ordre de Service du 20.12.1993 ; Dem. pièce n° 12 = Déf. pièce n° 12). Cet Ordre précisait que le Marché avait été approuvé par la Commission Nationale des Marchés et par le Contrôleur Financier de l'Etat.
10. L'exécution du Marché a connu de nombreuses difficultés, sur la nature et l'origine desquelles les Parties divergent d'opinion (Dem. 31.10.05 n° 28 ss ; Déf. 30.06.07 n° 2.1.1 ss). Il convient de distinguer les trois périodes principales.

II. L'exécution du marché de décembre 1993 à juin 2001

a) De décembre 1993 à avril 1996

11. De décembre 1993 à avril 1996, le démarrage du chantier a été perturbé avant tout par les problèmes liés à la sécurité. Durant cette époque en effet, la situation politique était difficile en Algérie et spécialement dans la région, en raison de la lutte armée qui opposait depuis le début de l'année 1992 l'Etat algérien à des extrémistes islamistes. Comme le chantier était dans une région montagneuse et partiellement isolée, il était nécessaire de mettre en place des mesures de sécurité passives et actives avant de pouvoir commencer les travaux (cf. Transcript 5.11.07, p. 11 à 14 et 21 [témoignage de M. Napoli] ; Déclaration Napoli, p. 3 à 4 ; Transcript 6.11.07, p. 9 à 16 [témoignage de M. Korichi]).
- Les mesures de sécurité passives ont été peu à peu aménagées, d'abord par des entreprises locales ; il s'agissait principalement d'aménager les routes, le site et des barrières de nature à protéger le chantier.

- Les mesures de sécurité actives ont été prises en ayant recours au contingent qui stationnait dans la région, puis dès février-mai 1996 par un groupe de deux cent cinquante patriotes, dont l'armement avait été autorisé par le gouvernement. (Dem. pièce n° 39 = Déf. pièce n° 182 ; Transcript 6.11.07, p. 13 à 16, 32 s. [témoignages de M. Korichi et M. Benai]).
12. Durant toute cette période, il n'a pratiquement pas été possible de commencer les travaux : il n'y avait pratiquement sur le chantier ni matériel, ni personnel du Groupement. En revanche, selon les Demanderesses, le matériel avait déjà été mobilisé ; il était parqué en Sicile, pour pouvoir ensuite être acheminé vers l'Algérie lorsque les conditions de sécurité seraient suffisamment garanties (Dem. 31.10.05 n° 22 *in fine*).

Le Groupement a organisé une visite en Sicile à l'intention des responsables algériens, visite qui a eu lieu du 31 juillet au 6 août 1994 (Dem. pièce n° 22 et 23). Cette visite comprenait en particulier une étape sur le parc où étaient mobilisés les engins de chantier ; les Parties divergent sur les informations qui auraient alors été communiquées (Transcript 5.11.07, p. 23 à 25 [témoignage de M. Napoli] ; Transcript 6.11.07, p. 21 à 25 et 27 s. [témoignage de M. Korichi]).

b) D'avril 1996 à novembre 1997

13. D'avril 1996 à novembre 1997, certains travaux auraient pu être réalisés, mais de façon très limitée, toujours à cause des problèmes de sécurité qui perduraient ; quelques engins de chantier ont pu être envoyés sur place, mais pratiquement sans personnel (Transcript 6.11.07, p. 31 à 36 [témoignage de M. Benai]).
14. La méthode qui avait été prévue pour la construction du barrage impliquait un usage considérable d'explosifs ; en raison des risques de sécurité, les Parties ont d'un commun accord cherché une autre solution. Il a en effet été jugé indispensable par les deux Parties d'abandonner le mode de construction initial, à savoir l'enrochement, afin d'éviter à l'Entrepreneur de devoir constituer sur le chantier un stock d'explosifs susceptible d'attirer la convoitise des groupes terroristes opérant dans la région.
15. Les discussions se sont poursuivies entre les Parties à ce sujet. Dans un courrier du 26 mai 1997, pour la première fois LESI conseillait une autre variante : la variante en « Béton Compacté au Rouleau » (ci-après le « BCR »). Cette solution permettait d'une part de réduire l'usage des explosifs et d'autre part, selon les Demanderesses, de réduire même les délais d'exécution du marché (Déf. pièce n° 72).
16. Le 27 novembre 1996, les deux Parties se sont mises d'accord pour abandonner le mode de construction initial et ont pris conjointement la décision d'opter pour le procédé BCR (Dem. pièce n° 71 = Déf. pièce n° 120).
17. Dans l'intervalle, quelques paiements avaient été effectués par le Maître de l'ouvrage ; ainsi les montants facturés et payés par la Défenderesse se sont élevés à un total de Lires 7.845.207.988, soit € 4.051.711,79 (Dem. 31.10.05, n° 317 ss.).
18. Le 28 octobre 1997, l'ANB a notifié au Groupement un Ordre de service lui enjoignant de cesser les travaux dès le 1^{er} novembre 1997 (Dem. pièce n° 46 = Déf. pièce n° 15). Cet arrêt des travaux faisait suite à la décision de l'ANB de modifier la méthode de

construction du barrage. Se fondant sur cette décision, les Parties ont préparé un dossier technique portant sur le nouveau projet (ci-après le « dossier vert »).

c) Du 1^{er} novembre 1997 au 27 juin 2001

19. Les travaux ont été effectivement suspendus sur le chantier à cette période et ils ne seront plus jamais repris.
20. Durant cette même période, le Groupement a préparé un projet d'Avenant n° 3 qui tenait compte des aspects techniques et économiques d'une réalisation du barrage en BCR.
21. Dans une lettre du 24 juin 1998, l'ANB confirma officiellement l'information relative à la contrainte que représentait l'intervention du bailleur de fonds, la BAD (Dem. pièce n° 54 = Déf. pièce n° 76) ; cet élément avait déjà été porté à l'attention des Demanderesses à plusieurs reprises par oral lors des nombreuses réunions qui avaient eu lieu auparavant. Ce courrier-ci précisait que l'adoption de la variante BCR ne pourrait être en définitive décidée qu'après l'avis de non-objection de la BAD.
22. Le 27 juin 1998, le Groupement a remis à l'ANB son projet d'Avenant n° 3 (Dem. pièce n° 53 = Déf. pièce n° 11).

Cet Avenant était le résultat des négociations et discussions qui avaient eu lieu avec les représentants de l'ANB. L'idée commune était à l'époque que cet Avenant ne constituerait qu'une modification du Marché initial et qu'il pourrait donc être accepté.

23. Néanmoins, cette modification nécessitait au préalable l'obtention de l'avis de non-objection de la BAD (Dem. pièces n° 54 et 55 = Déf. pièces n° 76 et 84 ; Dem. 30.10.05, n° 67 s ; Dem. pièce n° 94 = Déf. pièce n° 115, Volume 1 de la réclamation intitulé « le Mémoire », p. 40, point 4.4). Le 21 novembre 1998, l'ANB soulignait à nouveau le caractère impératif de l'approbation par la BAD de l'Avenant n° 3 (Dem. pièce n° 55 = Déf. pièce n° 84).

L'Avenant n° 3 n'a en réalité jamais été formellement signé par l'ANB.

24. Le 29 mars 1999, la BAD a adressé une lettre au Ministre des Finances de la République algérienne afin de lui faire connaître son point de vue sur le projet d'Avenant n° 3. La BAD était d'avis que l'Avenant n° 3 « [...] *opérait* un changement très substantiel du contrat initial, aussi bien sur le plan technique que financier » (Déf. pièce n° 16). Il permettait de réaliser un nouveau barrage et de l'acquérir sans compétition, ce qui était contraire à l'approbation du Conseil d'administration de la Banque (Déf. pièce n° 93 ; Déf. 24.03.06 n°16).

Il ressort des différentes correspondances et des mémorandums que la BAD avait une conception très stricte de la concurrence devant régner entre les entreprises appelées à participer à la construction d'ouvrages de génie civil dans les pays en voie de développement. Ainsi, la BAD proposait de faire réévaluer le projet par ses experts en vue de sa soumission à l'approbation du Conseil d'administration.

25. Après une visite faite en mai-juin 1999 par ses représentants en Algérie, la BAD fit connaître son avis quant à l'Avenant n° 3 dans un Aide-mémoire (Déf. pièce n° 95). Néanmoins, l'ANB partait apparemment toujours de l'idée que l'Avenant n° 3 pourrait être approuvé.

26. Le 9 août 1999, les Parties se sont réunies pour discuter une fois encore de l'Avenant n° 3, en présence de l'Ambassadeur d'Italie et du Ministre algérien de l'Equipement et de l'Aménagement du Territoire (Dem. pièce n° 61 = Déf. pièce n° 96).
27. Le 11 août 1999, alors que le Groupement attendait toujours la signature de Avenant n° 3 (Dem. pièce n° 61 = Déf. pièce n° 96), l'ANB a exposé les raisons pour lesquelles la BAD considérait que, selon elle, le barrage de Koudiat Acerdoune ne pouvait se réaliser par le biais d'un nouvel Avenant n° 3, mais qu'il nécessitait un nouvel appel d'offres.
28. Au mois d'octobre 1999, l'ANB a demandé au Groupement de lui faire une offre de financement différente de celle de la BAD. Sur cette base, le 16 octobre 1999, les Demanderesses ont présenté l'offre de Medio Credito Centrale (ci-après « MCC ») pour un prêt qui pourrait se substituer au prêt de la BAD. Le 12 février 2000, lors d'une réunion, l'ANB a annoncé au Groupement que la proposition de financement du MCC avait été rejetée et que, par ailleurs, une nouvelle demande de prêt avait été déposée auprès de la BAD. Par conséquent, le Groupement devait passer par un nouvel appel d'offres (Dem. pièce n° 65).

Le refus du Gouvernement algérien s'était expliqué par le fait que les modalités de remboursement et de renouvellement du prêt de la BAD étaient plus souples que celles du prêt italien (Transcript 5.11.07, p. 22 s. [témoignage de M. Napoli]).

29. Par une lettre du 3 novembre 1999, la BAD a officiellement notifié une décision négative au Ministère des Finances algérien relative à l'Avenant n° 3 et la construction du barrage selon la méthode BCR (Déf. pièce n° 101). Il était dès lors certain qu'il ne pouvait y avoir de nouveau projet de construction du barrage de Koudiat Acerdoune sans le lancement d'un nouvel appel d'offres, conformément aux règles de la BAD.
30. L'ANB a fait savoir au Groupement qu'à la suite de ces changements, elle souhaitait résilier à l'amiable le Marché signé en 1993 et que cela présupposait une indemnisation du Groupement (Déf. pièce n° 126). Ce dernier s'est opposé à cette résiliation et a encore une fois confirmé sa ferme intention de continuer l'ouvrage en sa qualité de titulaire du Contrat (Déclaration Napoli, p. 7).
31. En mai 2000, M. De Fanti a été envoyé à Alger en tant que responsable du Bureau d'Alger du Groupement, afin de relancer la réalisation du projet ainsi que la demande de dédommagement réclamée à la suite de l'interruption du chantier par le Groupement.

Une rencontre a eu lieu, qui s'est achevée sur les mêmes affirmations que le Groupement avait déjà reçues de la part de l'ANB, notamment qu'il fallait attendre l'avis de non-objection de la BAD quant à l'Avenant n° 3. L'ANB a continué à donner des assurances sur le dédommagement, sans pour autant que celles-ci aboutissent à un résultat concret (Déclaration De Fanti, p. 1 ; Transcript 5.11.07, p. 37 [témoignage de M. De Fanti]).
32. Lors de la réunion du 25 juin 2000, l'ANB a de nouveau manifesté son intention de résilier le Contrat avec le Groupement et de lancer un nouvel appel d'offres pour le projet de barrage de Koudiat Acerdoune selon la nouvelle technique (Déf. pièce n° 118 ; Déclaration Napoli, p. 7 s. ; Déclaration M. De Fanti, p. 1).
33. Le 15 août 2000, le Gouvernement algérien a lancé un nouvel appel d'offres pour la réalisation du barrage en BCR (Dem. pièce n° 72).

Les Demanderesses ont refusé d'y participer. Elles considéraient en effet que, si elles y participaient, leur décision risquait d'être interprétée comme l'acceptation de la résiliation du Contrat (Dem. pièce n° 73). Elles entendaient apparemment faire valoir leurs droits.

34. Le 7 avril 2001, l'ANB a convoqué une nouvelle réunion officielle à laquelle M. De Fanti a participé avec M. Barbagallo (vice-président du Groupement à l'époque). L'ANB a réitéré son désir de résilier le Contrat à l'amiable et s'est déclarée prête à analyser la demande de dédommagement du Groupement. Les représentants du Groupement ont répondu qu'ils feraient valoir tous leurs droits, notamment le fait que la résiliation corresponde, selon eux, à une résiliation unilatérale selon l'art. 566 du Code civil algérien (Déclaration De Fanti, p. 2).
35. Par lettre du 14 avril 2001, l'ANB a informé le Groupement de sa décision de résilier le Contrat (Dem. pièce n° 77 = Déf. pièce n° 25). Elle y expliquait que les difficultés rencontrées étaient indépendantes de sa volonté et invoquait pour motif de la résiliation un cas de force majeure. Celui-ci aurait consisté, 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 subordonné ce financement au lancement d'un nouvel appel d'offres international, lequel entraînait nécessairement la résiliation du Contrat. L'ANB s'est déclarée toutefois disposée à désintéresser le Groupement des coûts tels qu'acceptés dans sa lettre du 16 mars 1998 (Dem. pièce n° 49).
36. Le 24 avril 2001, selon les Demanderesses, le Groupement aurait pris acte de la résiliation et aurait annoncé qu'il ferait valoir une réclamation fondée sur l'article 566 du Code civil algérien (Dem. pièce n° 78 = Déf. pièce n° 26). La Défenderesse estime que non seulement LESI n'a pas mis en doute le droit de l'ANB de résilier le Marché par anticipation, mais qu'elle l'a, au contraire, expressément reconnu (Déf. pièce n° 127).
37. Le 5 juin 2001, toujours selon les Demanderesses, le Groupement aurait confirmé sa demande d'indemnisation (Dem. 31.10.2005 n° 100 p. 35 ; Dem. pièce n° 80 = Déf. pièce n° 28).
38. Le 20 juin 2001, les Demanderesses se seraient adressées au Ministre des Ressources en Eau pour solliciter une rencontre afin de trouver une solution aux difficultés opposant les Parties (Dem. 31.10.05 n° 100 ; Dem. pièce n° 81).
39. Le 27 juin 2001, l'ANB, sous l'en-tête « *République algérienne démocratique et populaire, Ministère des Ressources en Eau, Agence Nationale des Barrages* », a notifié au Groupement la résiliation du Marché, sous la forme d'une « décision » (Dem. pièce n° 82 = Déf. pièce n° 29).

III. Les discussions entre les Parties

40. Le 5 septembre 2001, selon les Demanderesses, le Groupement aurait envoyé un complément de demande d'indemnisation (Dem. pièce n° 86 = Déf. pièce n° 30). Quelques réunions auraient été organisées afin de trouver un accord sur le montant de cette indemnisation, mais elles auraient toutes échoué (Dem. 31.10.05 n° 106).

41. Le 15 janvier 2002, une réunion formelle s'est déroulée entre l'ANB, qui s'est présentée avec son avocat et plusieurs employés, et M. Napoli, qui était dûment mandaté par le Groupement pour traiter. Cette réunion s'est soldée par un échec. L'ANB a demandé une nouvelle réunion dans le but de discuter de la réclamation du Groupement avec une commission de techniciens des deux Parties. M. De Fanti a appris par la suite que des représentants du Trésor public et du Ministère des Finances devaient également prendre part à cette réunion (Déclaration Napoli, p. 9).
42. Le 4 mars 2002, l'ANB a convoqué une réunion à laquelle ont participé pour le Groupement M. Napoli (avec pouvoirs décisionnels) et M. De Fanti. Les représentants de l'ANB étaient accompagnés d'un avocat, alors qu'il s'agissait d'une réunion technique. L'ANB a critiqué le mode de calcul appliqué par le Groupement quant à ses réclamations et a fait un certain nombre de suggestions pour de nouveaux calculs (Dem. pièce n° 92).
- C'est à cette occasion que l'ANB aurait émis le vœu que les Demanderesses utilisent le Barème rouge pour quantifier le préjudice lié à l'immobilisation du matériel. De plus, elle a demandé qu'il soit tenu compte des coûts réels supportés par le Groupement sur la base de justificatifs comptables.
- L'ANB a également contesté le fait qu'une délégation ait effectué une visite en Italie (à Palerme plus précisément) afin de constater la nature du matériel entreposé et prêt à être expédié en Algérie (Déclaration Napoli, p. 9 s. ; Déclaration De Fanti, p. 2 s.).
43. Par lettre du 5 avril 2002, le Groupement a proposé au Ministre des Ressources en Eau de rechercher une solution amiable au différend qui les opposait et il lui a soumis à cette fin un nouveau dossier détaillant et chiffrant les préjudices qu'il prétendait avoir subis (Dem. pièce n° 93 = Déf. pièce n° 31).
44. Le 26 avril 2002, les Demanderesses ont adressé un mémorandum au Gouvernement italien, document joint à une lettre du Vice-ministre du Commerce Italien au Ministre du Commerce algérien (Dem. pièce n° 113) ; elles y indiquaient approuver sans réserve la décision tendant au changement de processus de construction du barrage.
45. Par lettre du 15 mai 2002, le Groupement a adressé au Ministre des Ressources en Eau un recours hiérarchique portant sur les différends qui l'opposaient à l'ANB à propos de l'exécution et de la résiliation du Contrat (Dem. pièce n° 94). Il y avait annexé un « *Mémoire pour Réclamation des Dommages-Intérêts (suite à l'arrêt du chantier et la résiliation)* ».
46. Par un autre courrier de la même date, le Groupement a informé l'ANB de l'envoi du dossier au Ministre des Ressources en Eau (Dem. pièce n° 94 = Déf. pièce n° 32). Les Demanderesses ont également expressément confirmé dans leur lettre le droit du maître de l'ouvrage à résilier le contrat à tout moment avant l'achèvement de l'ouvrage, à condition de dédommager l'entrepreneur de toutes ses dépenses, ses travaux accomplis et du gain qui aurait pu être réalisé (article 566 du Code civil ; Déf. pièces n° 127 et 141).
47. Par lettre du 15 juin 2002 adressée au Groupement, le Ministère des Ressources en Eau a accusé réception du recours et lui a proposé une nouvelle rencontre afin de négocier une solution à l'amiable (Dem. pièce n° 96 = Déf. pièce n° 33).

48. En juillet 2002, selon les Demanderesses, le nouveau marché aurait été adjugé à l'entreprise française Razel (Dem. pièce n° 100). Toujours selon elles, ce Marché aurait été adjugé à un prix supérieur à celui du projet d'Avenant n° 3 soumis par le Groupement à l'ANB en juin 1998 (ci-dessus n° 22).
49. Par courrier du 3 juillet 2002, le Groupement a accepté la proposition du Ministère des Ressources en Eau de renouer contact avec l'ANB, tout en relevant que toutes les démarches précédentes s'étaient révélées inutiles et que son recours n'était pas prématuré (Dem. pièce n° 98.2 = Déf. pièce n° 34).
50. Par lettre du même jour, les Demanderesses ont envoyé à l'ANB copie du dossier annexé à son recours hiérarchique du 15 mai 2002, en réitérant leur proposition de rechercher une solution à l'amiable (Dem. pièce n° 98.1 = Déf. pièce n° 35).
51. Le 14 juillet 2002, l'ANB a fait parvenir au Groupement le « *Décompte général et Définitif* » (ci-après « DGD ») par voie d'huissier de justice ; ce document a été réceptionné le 17 juillet 2002 par les Demanderesses (Déclaration Napoli, p. 11).
52. Suite à la demande du Ministère des Ressources en Eau (Dem. pièce n° 96), l'ANB et les représentants du Groupement, à savoir M. Napoli (toujours disposant des pleins pouvoirs décisionnels), M. Puzone et M. De Fanti, se sont réunis le 3 août 2002 (Procès verbal ; Dem. pièce n° 101). Il s'agissait de discuter du dossier vert qui tenait compte des suggestions émises par l'ANB lors de leur réunion du 4 mars 2002 (ci-dessus n° 42). Selon les Demanderesses, les représentants de l'ANB auraient alors déclaré n'avoir pas pris connaissance de ce nouveau dossier et critiquèrent à nouveau les méthodes de calculs des dédommagements adoptés par le Groupement.

L'ANB demanda également un audit des livres comptables du Groupement et l'obtention des pièces justificatives des coûts supportés par les Demanderesses.

Cette réunion s'est également soldée par un échec, aucune décision n'ayant été prise (Déclaration Napoli, p. 10 ss. ; Déclaration De Fanti, p. 3).

53. Par courrier du 26 septembre 2002, les Demanderesses ont informé l'ANB de leur refus de signer le DGD du Marché tel qu'il avait été établi par celle-ci le 14 juillet 2002, en fournissant des justifications à ce sujet (Dem. pièce n° 114).

Par lettre du 11 octobre 2002, le Groupement a écrit à l'ANB pour détailler les raisons de son refus de signer. Il y a résumé ses réclamations relatives aux préjudices qu'il allègue avoir subi en relation avec l'exécution du Contrat et sa résiliation (Dem. pièce n° 116 = Déf. pièce n° 37).

Par courrier du 22 octobre 2002, l'ANB a informé le Groupement qu'elle se déclarait disposée à examiner sa réclamation, tout en formulant certaines exigences (Dem. pièce n° 118 = Déf. pièce n° 38).

Par lettre du 28 octobre 2002, le Groupement a informé le Ministre des Ressources en Eau qu'il ne pouvait accepter le DGD établi par l'ANB et que les discussions avec l'ANB se poursuivaient sans résultat (Dem. pièce n° 117 = Déf. pièce n° 39).

Le 27 novembre 2002, une nouvelle réunion a été tenue entre l'ANB et le Groupement. De nouveau, les méthodes de calcul du dossier vert ont été remises en question et l'ANB a même demandé au Groupement de revenir sur la version précédente, qui avait pourtant

elle aussi été contestée. Le matériel entreposé dans le dépôt de Palerme était également remis en doute. L'ANB exigeait de nouveau à pouvoir contrôler les livres comptables du Groupement et d'obtenir l'accès aux pièces justificatives des coûts (Déclaration Napoli, p. 11 ; Déclaration De Fanti, p. 3).

54. Le 3 février 2003, le Groupement a déposé une « *Requête d'arbitrage* » auprès du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après « CIRDI ») (Dem. pièce n° 4 = Déf. pièce n° 40). Cette procédure sera décrite par la suite.
55. Le 14 octobre 2003, le Groupement, 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° 41).

C. La première procédure arbitrale

56. Le 3 février 2003, le « Consortium LESI-DIPENTA » a déposé une **Requête d'arbitrage** (Aff. CIRDI ARB/03/08) auprès du CIRDI, requête dirigée contre la République algérienne. Elle l'a déclarée soumise aux dispositions suivantes :
 - 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 ») ;
 - 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 ») ;
 - 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 »).

En substance, cette Requête concluait à l'allocation de dommages-intérêts liés aux difficultés rencontrées sur le chantier du barrage, à la résiliation du Marché et au retard mis à l'indemnisation.

57. Le 3 septembre 2003, un **premier Tribunal arbitral** (ci-après le « premier Tribunal arbitral ») a été constitué ; il était composé de Maître André Faurès, arbitre nommé par le « Consortium LESI-DIPENTA », du Professeur Emmanuel Gaillard, arbitre nommé par la République algérienne, et du Professeur Pierre Tercier, Président proposé par les deux co-arbitres.
58. Dans ses écritures, la Défenderesse a soulevé des objections concernant la compétence du Tribunal arbitral ainsi formé et la recevabilité de la requête, notamment parce que, selon elle, le Consortium LESI-DIPENTA n'aurait pas été partie au Contrat qui avait été signé par les deux entreprises LESI et DIPENTA.
59. Le 30 octobre 2003, le premier Tribunal arbitral a décidé d'instruire d'abord ces objections. Les Parties ont développé leurs arguments dans plusieurs écritures. Le Tribunal arbitral a ensuite entendu les Conseils des Parties dans l'exposé oral de leurs moyens lors d'une audience tenue à Paris.

60. Le 10 janvier 2005, le premier Tribunal arbitral a rendu une sentence d'incompétence. Le dispositif en était le suivant :

- « 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. »*

En substance, le Tribunal arbitral s'est estimé incompétent pour connaître des demandes du Consortium LESI-DIPENTA, faute pour celui-ci d'être titulaire des droits et obligations du contrat par lequel l'investissement avait été réalisé. Il ne pouvait prétendre être un investisseur au sens de l'article 25(1) de la Convention. Néanmoins, le premier Tribunal arbitral a précisé que sa décision n'empêchait pas les sociétés titulaires des droits et obligations nés du Contrat de déposer en leur nom et pour leur propre compte une nouvelle requête à l'encontre de la République algérienne (cf. Aff. CIRDI ARB/03/8 notamment para. 40, p. 40 et 41).

Dans cette sentence, le premier Tribunal arbitral a également examiné toutes les autres objections soulevées par la Défenderesse à l'encontre de sa compétence, objections qu'il a en revanche rejetées.

D. La présente procédure arbitrale

61. Le 15 février 2005, LESI et ASTALDI ont déposé auprès du CIRDI une **nouvelle Requête d'arbitrage** (CIRDI No. ARB/05/3) dirigée contre la République algérienne. Comme la Requête d'arbitrage du 3 février 2003 (ci-dessus n° 56), elles l'ont déclarée soumise aux dispositions suivantes :

- l'article 36 de la Convention ;
- l'article 8.2 (b) de l'Accord bilatéral et ;
- les articles 1 à 6 du Règlement d'introduction des instances.

Dans cette Requête, LESI déclare agir tant en son nom propre qu'en celui d'ASTALDI, qui l'a mandatée à agir pour elle dans cet arbitrage.

Il y est également précisé que la demande des Demanderesses est la même que celle soumise le 3 février 2003 par le Consortium LESI-DIPENTA, laquelle demande est censée en faire partie intégrante. En d'autres termes, les éléments de fait et de droit ainsi que le quantum (sauf à parfaire) y seraient identiques.

62. Le 18 mars 2005, le Secrétaire général du CIRDI a enregistré la Requête d'arbitrage conformément à l'article 36(3) de la Convention. Les Parties se sont mises d'accord pour que le Tribunal arbitral soit composé des mêmes personnes qui avaient été nommées dans l'Affaire CIRDI ARB/03/8 (ci-dessus n° 57).

63. Le 26 avril 2005, le présent **Tribunal arbitral** a été constitué conformément à l'article 37(2)(a) de la Convention. Il a été composé de Maître André Faurès, arbitre nommé par les Demanderesses, du Professeur Emmanuel Gaillard, arbitre nommé par la Défenderesse, et du Professeur Pierre Tercier, Président proposé par les deux co-arbitres. A la suite du décès de Me André Faurès, le 11 novembre 2006, les Demanderesses ont nommé pour le remplacer le Professeur Bernard Hanotiau le 12 décembre 2006.

64. Le 28 juin 2005, le Tribunal arbitral a tenu sa **première audience** à Paris en présence des Parties. Diverses décisions touchant la procédure y ont été prises. La Défenderesse a indiqué qu'elle pourrait soulever des objections de compétence, ce dont le Tribunal arbitral a tenu compte dans l'agencement du calendrier procédural.

Ainsi, des délais ont été impartis aux Parties pour déposer leurs mémoires sur le fond et sur la compétence, et une audience sur la compétence a été fixée au 17 mai 2006.

65. Le 31 octobre 2005, LESI et ASTALDI ont déposé leur « **Mémoire des Demanderesses** » par lequel elles ont demandé au Tribunal arbitral ce qui suit (Dem. 31.10.05, p. 129) :

- « - *Se déclarer compétent dans la présente affaire pour l'ensemble des demandes présentées par les Demanderesses ;*
- *Déclarer la Défenderesse responsable pour violation de ses obligations internationales vis-à-vis des Demanderesses, ainsi que précisé ci-dessus ;*
- *Ordonner à la Défenderesse de payer aux Demanderesses une indemnité dans un montant correspondant à leurs demandes ci-dessus, ainsi que de rembourser leurs frais liés au présent arbitrage. »*

66. Le 24 mars 2006, la République algérienne a déposé son « **Mémoire sur le fond et sur la compétence** ». Sans prendre de conclusions formelles, elle a conclu (Déf. 24.03.06, p. 3, 14 et 20):

- à ce que la demande présentée par ASTALDI soit déclarée irrecevable faute de qualité pour agir ;
- à ce que le Tribunal arbitral se déclare incompétent pour connaître du différend que les Demanderesses prétendent lui soumettre avec leur Requête du 15 février 2005, du fait que ce différend ne répond pas aux conditions requises par l'article 25(1) de la Convention ;
- « *subsidiairement pour le cas où, par impossible, le Tribunal arbitral jugerait que les réclamations présentées par les Demanderesses satisfont aux conditions posées à l'Article 25.1 de la Convention de Washington* », à ce que le Tribunal arbitral se déclare « *derechef incompétent faute pour les Demanderesses d'avoir apporté la preuve d'un manquement quelconque de la République Algérienne aux engagements par elle pris dans le Traité Bilatéral* ».

67. Le 8 mai 2006, LESI et ASTALDI ont déposé leur « **Contre-Mémoire des Demanderesses sur la compétence** », dans lequel elles ont demandé au Tribunal arbitral de constater et décider ceci (Dem. 08.05.06, p. 59) :

- « (a) *que les deux Demanderesses ont la qualité pour agir dans la présente affaire ;
et*
- (b) *que les objections de la Défenderesse à la compétence du Tribunal arbitral
sont dépourvues de fondement* ».

Elles ont par ailleurs prié le Tribunal arbitral de « *joindre les objections à la
compétence aux questions de fond, aux termes de l'Article 41(4) du Règlement
d'arbitrage du Centre, et de fixer les délais pour la suite de la procédure sur le
fond* ».

68. Le 17 mai 2006, le Tribunal arbitral a tenu une **deuxième audience** à Paris sur la
compétence. Il a entendu les Conseils des Parties dans l'exposé oral de leurs moyens ;
ces plaidoiries ont fait l'objet d'une transcription, dont les Parties ont admis l'exactitude.

A l'issue de sa plaidoirie et à la requête du Président, le Conseil de la Défenderesse a
rappelé dans les termes suivants les conclusions prises par sa mandante (Transcript p. 51
et 52) :

« *Premièrement, la société Astaldi est irrecevable en son action faute de qualité
pour agir [...].*

*Deuxièmement, le Tribunal arbitral est incompétent pour statuer sur les
demandes de Lesi et éventuellement d'Astaldi au regard de l'article 25.1 de la
Convention en l'absence de différend juridique et parce que le différend n'a pas
trait à un investissement au sens de la Convention [...].*

*Troisièmement, [...] le Tribunal arbitral est incompétent pour statuer sur les
demandes de Lesi et d'Astaldi au regard de l'article 25.1 de la Convention en
l'absence du consentement donné par l'Algérie pour soumettre un différend de
cette nature au Centre. [...]* »

69. Le même jour, le Tribunal arbitral a pris les décisions suivantes qu'il a immédiatement
communiquées aux Parties (cf. courrier du Président du Tribunal arbitral du 17 mai
2006) :

« *1. Le Tribunal arbitral rendra une sentence, pour le cas où il se déclarerait
incompétent, ou une décision, pour le cas où il se déclarerait totalement ou
partiellement compétent.*

*2. Compte tenu du fait qu'elle aurait dû se déterminer sur le quantum du
dommage dans son mémoire en réponse du 24 mars 2006, la défenderesse est
d'ores et déjà invitée à se préparer à soumettre, au besoin, au Tribunal arbitral
un mémoire complémentaire sur le quantum. Si le Tribunal arbitral devait
admettre sa compétence, ce mémoire complémentaire devrait être déposé au
plus tard le 28 septembre 2006.*

3. La suite de la procédure sera au besoin réglée par voie d'ordonnance.

*4. Il est rappelé aux conseils qu'ils sont invités à soumettre leurs éventuelles
corrections de la transcription dans les dix jours suivant sa réception. »*

70. Toujours le même jour, les Parties n'ayant aucune requête supplémentaire à faire valoir,
le Tribunal arbitral a clos la procédure d'instruction concernant les questions de
recevabilité et de compétence (Transcript p. 56 et 60).

71. Le 12 juillet 2006, le Tribunal arbitral a rendu une **Décision** sur sa compétence et a décidé que :

1. *« Le Tribunal arbitral est compétent pour se prononcer sur les demandes formulées par les demanderesses pour autant qu'elles se fondent sur la violation de l'Accord bilatéral et dans cette mesure seulement.*
2. *ASTALDI a qualité pour agir aux côtés de LESI et la requête est recevable.*
3. *La détermination et la répartition des frais et indemnités liés à la présente décision seront traités avec la sentence à intervenir sur le fond du litige.*
4. *La suite de la procédure sera déterminée par le Tribunal arbitral par voie d'ordonnance ».*

72. Le 28 septembre 2006, la République algérienne a présenté son « **Mémoire en défense complémentaire sur le préjudice** » par lequel elle prend les conclusions suivantes (Dem. 28.09.06, p. 32) :

« A titre principal, il est demandé au Tribunal Arbitral de dire et juger que :

- l'Algérie n'a violé aucune des obligations mises à sa charge par le Traité bilatéral algéro-italien sur la promotion et la protection réciproque des investissements du 18 mai 1991 ;

- le différend dont les demanderesses ont cru pouvoir saisir le Tribunal Arbitral est un différend purement contractuel opposant les demanderesses à l'Agence Nationale des Barrages, établissement public autonome distinct de la République Algérienne Démocratique et Populaire ;

En conséquence, il est demandé au Tribunal Arbitral de débouter les demanderesses de toutes leurs demandes.

A titre principal encore, il est demandé au Tribunal Arbitral de condamner les demanderesses à supporter la totalité des frais et honoraires de l'arbitrage et à payer à l'Algérie une participation équitable aux frais et honoraires supportés par l'Algérie pour organiser la défense de ses intérêts. Le montant de cette participation est laissé à la discrétion du Tribunal arbitral.

A titre subsidiaire, si par impossible le Tribunal Arbitral juge que l'Algérie à [sic] violé une ou plusieurs obligations inscrites dans le Traité, l'Algérie lui demande de constater qu'en l'état les demanderesses n'établissent ni la nature, ni l'étendue, ni le montant du préjudice ayant pu en résulter pour elles.

Dans ce cas l'Algérie prie le Tribunal Arbitral de désigner un expert financier indépendant possédant une expérience reconnue en matière d'évaluation des dommages liés à l'inexécution ou aux retards d'exécution des contrats internationaux de construction d'ouvrages de génie civil, en lui donnant pour mission de rechercher la nature, l'étendue et le montant du préjudice ayant pu résulter pour LESI de chacune des fautes que le Tribunal aura retenues à la charge de l'Algérie.

[...] »

73. Le 28 février 2007, la Demanderesse a remis son « **Mémoire en réplique** » dans lequel elle demande au Tribunal arbitral de (Dem. 28.02.2007, p. 88) :

1. « déclarer la Défenderesse responsable pour violation de ses obligations internationales vis-à-vis de la Demanderesse, ainsi que précisé ci-dessus » ;
 2. « ordonner à la Défenderesse de payer aux Demanderesses une indemnité dans le montant réclamé », et
 3. « ordonner à la Défenderesse de payer l'intégralité des coûts et honoraires du tribunal arbitral et de rembourser aux Demanderesses les frais de défense supportés ou à supporter en relation avec la présente procédure. »
74. Le 30 juin 2007, la Défenderesse a déposé son « **Contre-Mémoire en Réplique** » dans lequel elle prend les conclusions suivantes (Déf. 30.06.2007, p. 103 à 105) :

1. « L'ensemble des demandes seront rejetées en l'absence de violation du Traité, l'Algérie en tant que telle n'étant pas impliquée dans le litige d'une part, les faits incriminés ne constituant pas des actes illicites au sens du Traité d'autre part » ;
2. « Les Demanderesses seront condamnées aux frais et honoraires d'arbitrage ainsi qu'au paiement d'une indemnité de procédure, laissée à la discrétion du Tribunal Arbitral, destinée à couvrir les frais exposés par l'Algérie pour assurer la défense de ses intérêts » ;
3. « Subsidiairement, si par impossible le Tribunal Arbitral juge que l'Algérie a commis une violation du Traité, l'ensemble des demandes seront rejetées en l'état faute de preuve de l'étendue et du montant du préjudice allégué.

Dans ce cas un expert neutre sera chargé de donner son avis sur la réalité et l'étendue du préjudice éventuellement subi, le Tribunal Arbitral lui donnant telles directives qu'il jugera appropriées pour définir le cadre juridique de sa mission. L'Algérie rappelle qu'elle suggère notamment les directives ci-après :

a) *les pertes subies par les parties demanderesses seront calculées sur la base des coûts réellement supportés par celles-ci, directement ou par le biais du Groupement Lesi-Dipenta, compte étant dument (sic) tenu, entre autres éléments, des sommes versées par l'ANB à titre d'avances ainsi que des plus-values réalisées lors des cessions de matériel ;*

b) *le gain manqué par Lesi sera estimé sur la base de la provision contractuelle pour bénéfice de 2,3% en prenant pour assiette le montant du Marché initial, hors droits et taxes ; si toutefois le Tribunal l'estime opportun, l'expert pourra donner un avis sur la probabilité de réalisation d'un bénéfice supérieur à 2,3% en se référant à des éléments objectifs et concrets tels que la marge bénéficiaire après impôt habituellement réalisée par Lesi et par d'autres entreprises du même secteur sur des ouvrages comparables au cours de la période comprise entre 1994 et 1998 ;*

c) *si le Tribunal juge recevable la demande d'indemnisation d'une perte de chance, l'expert recherchera si Lesi a participé, seule ou en groupement, à des appels d'offres portant sur de grands ouvrages de génie civil entre 1998 et ce jour, et si elle a ou non obtenu des marchés portant sur de tels ouvrages ; dans la négative, l'expert indiquera si, à son avis, l'insuffisance des références techniques et/ou financières de la partie demanderesse due à l'inexécution du barrage de Koudiat Acerdoune à (sic) joué un rôle déterminant dans ce ou ces échecs ; enfin il donnera une estimation approximative du nombre de grands*

ouvrages que Lesi aurait eu la capacité de réaliser pendant la période de référence, laissant pour le surplus au Tribunal Arbitral le soin de chiffrer la valeur de la perte de chance subie ;

d) *l'expert procédera personnellement à toutes les vérifications qu'il jugera utiles ; pour ce faire, il pourra demander à consulter tous registres et documents commerciaux, financiers et comptables tant du Groupement que de son principal partenaire Lesi ; il pourra également interroger toute personne qu'il estimera pouvoir le renseigner, notamment les dirigeants, employés, commissaire aux comptes et fournisseurs, actuels ou passés, du Groupement et de Lesi ; l'expert, s'il le juge nécessaire, pourra se faire assister ponctuellement par tout sachant d'une autre spécialité, à charge pour lui d'en informer le Tribunal Arbitral et les parties au préalable et de recueillir leur avis. » ;*

4. *« Les frais d'expertise seront avancés par les Demanderesses. Cette demande est justifiée non seulement par la qualité de demanderesses de Lesi et Astaldi, qui fait peser sur elles la charge de la preuve, mais aussi par la responsabilité que portent les Demanderesses dans l'impossibilité de parvenir à la fixation amiable d'une indemnité. L'Algérie rappelle qu'à plusieurs reprises Lesi a modifié en profondeur les méthodes de calcul servant de base aux évaluations soumises à l'ANB et qu'elle a majoré de façon massive et systématique le montant de ses réclamations (opération qu'elle a renouvelée au cours de la procédure d'arbitrage en produisant le rapport Pinchon). L'Algérie rappelle également que Lesi a refusé d'autoriser l'ANB à auditer ses comptes et même refusé la désignation conjointe d'un expert neutre, rendant le blocage définitif. L'équité veut que les Demanderesses supportent les conséquences de leur intransigeance ».*

75. Le 20 septembre 2007, le Tribunal arbitral a rendu l'**Ordonnance de Procédure No. 2** qui fixe le programme général des audiences du 5 au 7 novembre 2007 dans les locaux de la Banque mondiale, 66 av. Iéna, 75016 Paris.
76. Le 23 octobre 2007, les Demanderesses ont adressé un nouveau rapport complémentaire au Tribunal arbitral.
77. Le 29 octobre 2007, après avoir entendu les parties, le Tribunal arbitral a décidé d'admettre le rapport complémentaire des Demanderesses.
78. Du 5 au 7 novembre 2007, le Tribunal arbitral a tenu **audience** avec les Parties à Paris, dans les locaux de la Banque mondiale. A cette occasion, il a entendu les témoins et experts suivants :
- Pour les Demanderesses :
 - M. Ugo Napoli, témoin ;
 - M. Giuseppe De Fanti, témoin ;
 - M. Giovanni Medioli, témoin ;
 - M. François Pinchon, expert, accompagné de M. Jean-Noël Munoz et M. Claude Farge ;
 - Pour les Défenderesses :
 - M. Mahfoud Korichi, témoin ;

- M. Mohammed Benai, témoin ;
- M. Michel Leclercq, expert, accompagné de M. Matthias Cazier-Darmois.

Une retranscription de cette audience a été établie, soumise aux Parties qui ne l'ont pas contestée.

79. Le 12 novembre 2007, le Tribunal arbitral a rendu l'**Ordonnance de Procédure No. 3** relative à la fin de la procédure arbitrale.
80. Les 27 et 28 novembre 2007, le Tribunal arbitral a entendu les Conseils dans l'exposé oral de leurs moyens, dans les locaux de la Banque mondiale à Paris.

Une retranscription de cette audience a été établie, soumise aux Parties qui ne l'ont pas contestée (à l'exception de corrections mineures effectuées par la Défenderesse et acceptées par les Demanderesses).

81. Le 11 janvier 2008, la Défenderesse a déposé son « **Mémoire complémentaire** » sur le rapport complémentaire déposé par les Demanderesses (cf. ci-dessus n° 76) dans lequel elle conclut (Déf. 11.01.2008, p. 11) :

1. *« En tant que de besoin, l'Algérie renouvelle à propos du Rapport Spremann l'objection juridique qu'elle avait soulevée après la production des rapports Pinchon : la demande de réparation du préjudice que LESI qualifie improprement de 'perte de chance' est irrecevable. En effet ce prétendu préjudice, qui consiste en réalité dans la soi-disant 'destruction totale' de l'entreprise, n'était pas 'la suite normale' de la réalisation du Marché et n'était donc pas raisonnablement prévisible. Quand bien même le préjudice serait établi, quod non, il ne constituerait donc pas un préjudice réparable au sens de l'article 182 du Code Civil Algérien ni de la jurisprudence internationale (CMREP, p. 98, point 5.2.3.1). »*
2. *« Sous le bénéfice de cette remarque, l'Algérie considère que le Rapport Spremann ne conforte en rien la réclamation de LESI, au contraire. Outre qu'il n'apporte aucun élément nouveau au débat, mais se borne à faire siens, sans justification aucune, les postulats contestés de l'expert Pinchon, le Rapport Spremann débouche sur une évaluation du préjudice global largement inférieure à celle de l'expert Pinchon. Le simple fait qu'en partant des mêmes hypothèses, les deux experts mandatés par LESI aboutissent à des résultats très éloignés laisse perplexe quant à leur objectivité et à leur sérieux. »*
3. *« L'Algérie maintient que LESI ne rapporte aucune preuve de l'étendue du préjudice allégué dans toutes ses composantes. La réclamation ne pourra qu'être rejetée en l'état. »*

82. Le 30 janvier 2008, les Demanderesses ont déposé leur « **Réplique au Mémoire Complémentaire de la Défenderesse** » dans laquelle elles concluent (Dem. 30.01.08, p. 13 s.) :

1. *« Le Rapport Spremann n'a pas procédé à une 'redéfinition' de la perte de chance comme erronément affirmé par la Défenderesse, mais il a appliqué une différente méthode d'évaluation du chef du préjudice dénommé 'perte de chance/perte de valeur' qui a été décrit de manière détaillée dans les précédentes écritures des Demanderesses et dans les deux Rapports Pinchon. »*

2. *« Le Rapport Spremann a été produit pour confirmer le bien-fondé des conclusions de M. Pinchon. Il ne modifie pas la demande des Demanderesses, qui reste celle indiquée dans les Rapports Pinchon et dans leur dernier Mémoire. »*
 3. *« A la lumière des critiques soulevées par la Défenderesse et par son expert Deloitte, ainsi que des Observations en réplique du Prof. Spremann, les conclusions du Rapport Spremann (voir p. 36 du Rapport) sont intégralement confirmées. »*
83. Le 14 février 2008, la Défenderesse a déposé sa « **Contre-Réplique au Mémoire complémentaire de la Défenderesse** » dans laquelle elle conclut (Déf. 14.02.08, p. 13) :
1. *« En tant que de besoin, l'Algérie rappelle que l'argumentation qu'elle développe relativement au préjudice n'a qu'un caractère subsidiaire. Son moyen de défense principal est et demeure qu'aucune violation du Traité ne peut lui être reprochée. »*
 2. *« L'Algérie réitère l'opinion que la défaillance des Demanderesses dans l'administration de la preuve doit entraîner le rejet pur et simple de leur réclamation. Si cependant le Tribunal Arbitral juge bon de leur donner une nouvelle possibilité d'établir leur préjudice, il appartiendra à un expert neutre d'apprécier la consistance et l'étendue de ce préjudice en se basant sur des éléments concrets et personnalisés, spécialement sur la comptabilité de Lesi et du Groupement Lesi-Astaldi. »*
84. La Défenderesse a soumis sa liste définitive des frais d'arbitrage le 21 mars 2008. En date du 26 mars 2008, les Demanderesses ont déposé les conclusions définitives concernant leurs frais d'arbitrage. Conformément à l'article 38(1) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, le Tribunal arbitral a clôturé l'instance le 23 juillet 2008.

En Droit

A. En général

1. La procédure arbitrale et la constitution du Tribunal arbitral

85. Les Demanderesses ont ouvert la présente procédure arbitrale en déposant une Requête d'arbitrage le 15 février 2005 (cf. ci-dessus n° 61). Celle-ci a été enregistrée par le Secrétaire général du CIRDI le 18 mars 2005 (cf. ci-dessus n° 62). Le 26 avril 2005, le Tribunal arbitral a été constitué (cf. ci-dessus n° 63). Les Parties n'ont soulevé aucune objection quant à sa composition.
86. Le 12 juillet 2006, le Tribunal arbitral a rendu une décision relative à sa compétence (cf. ci-dessus n° 71). Le dispositif en est le suivant :

« 1. Le Tribunal arbitral est compétent pour se prononcer sur les demandes formulées par les Demanderesses pour autant qu'elles se fondent sur la violation de l'Accord bilatéral et dans cette mesure seulement.

2. ASTALDI a qualité pour agir aux côtés de LESI et la requête est recevable.

3. La détermination et la répartition des frais et indemnités liés à la présente décision seront traitées avec la sentence à intervenir sur le fond du litige.

4. La suite de la procédure sera déterminée par le Tribunal arbitral par voie d'ordonnance. »

La décision rendue à propos de la compétence est intégrée dans la présente sentence. Le Tribunal arbitral ne revient donc plus sur le problème de sa compétence.

87. Du 5 au 7 novembre 2007, le Tribunal arbitral a entendu les témoins et les experts proposés par les Parties (cf. ci-dessus n° 78). Les audiences de plaidoiries ont eu lieu les 27 et 28 novembre 2007 (cf. ci-dessus n° 80). Conformément à l'Ordonnance de procédure No. 3 du 12 novembre 2007, le Tribunal arbitral a accepté le rapport complémentaire déposé par les Demanderesses et imparti des délais aux deux Parties pour qu'il se prononce à ce sujet (cf. ci-dessus n° 79).
88. Suivant les délibérations du Tribunal arbitral, l'instance a été déclarée close le 23 juillet 2008 (cf. ci-dessus n° 84).

2. Les fondements de la procédure

89. L'action intentée par les Demanderesses repose sur 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 (ci-après « l'Accord bilatéral »), fait à Alger le 18 mai 1991. Cet Accord bilatéral est destiné à renforcer la coopération économique entre les deux Etats contractants et à créer des conditions favorables pour les investissements de la part des personnes physiques ou morales d'un Etat contractant sur le territoire de l'autre Etat contractant.
90. L'Accord bilatéral est composé de huit chapitres, portant notamment sur la promotion des investissements (articles 2 et 3), la protection des investissements (article 4), les transferts (article 5), les mesures de soutien et de garantie (articles 6 et 7), le règlement des différends (articles 8 et 9) et les dispositions diverses (articles 10 et 11). En l'espèce, les Demanderesses fondent leurs conclusions sur les articles 3 et 4 de l'Accord bilatéral. Se fondant sur l'article 8 alinéa 2 lit. c de l'Accord bilatéral, les Demanderesses ont soumis ce différend au CIRDI.

3. Les conclusions des parties et le plan de la sentence

91. Les Parties n'ont formulé leurs conclusions sur le fond du litige qu'après la décision sur la compétence du Tribunal arbitral (cf. ci-dessus n° 71), pour les Demanderesses dans leur Mémoire en réplique (cf. ci-dessus n° 73) et pour la Défenderesse respectivement dans son Mémoire en défense complémentaire sur le préjudice et son Contre-Mémoire en Réplique (cf. ci-dessus n° 72 et 74).
92. Les conclusions finales sont dès lors les suivantes, les chiffres insérés entre crochets l'ont été par le Tribunal arbitral aux fins de clarification.

a) Les conclusions des Demanderesses

93. Dans leur Mémoire en réplique du 28 février 2007 (cf. ci-dessus n° 73), les Demanderesses invitent le Tribunal à :

- [1] « Déclarer la Défenderesse responsable pour violation de ses obligations internationales vis-à-vis des Demanderesses, ainsi que précisé ci-dessus » ;
- [2] « Ordonner à la Défenderesse de payer aux Demanderesses une indemnité dans le montant réclamé » ;
- [3] « Ordonner à la Défenderesse de payer l'intégralité des coûts et honoraires du Tribunal arbitral et de rembourser aux Demanderesses les frais de défense supportés ou à supporter en relation avec la présente procédure. »

b) Les conclusions de la Défenderesse

94. Dans son Mémoire en défense complémentaire sur le préjudice du 28 septembre 2006 (cf. ci-dessus n° 72), la Défenderesse a pris des conclusions qu'elle a encore actualisées dans son Contre-Mémoire en Réplique du 30 juin 2007 (cf. ci-dessus n° 74). Elle invite le Tribunal à statuer sur les conclusions suivantes:

- [1] « L'ensemble des demandes seront rejetées en l'absence de violation du Traité, l'Algérie en tant que telle n'étant pas impliquée dans le litige d'une part, les faits incriminés ne constituant pas des actes illicites au sens du Traité d'autre part. »
- [2] « Les Demanderesses seront condamnées aux frais et honoraires d'arbitrage ainsi qu'au paiement d'une indemnité de procédure, laissée à la discrétion du Tribunal Arbitral, destinée à couvrir les frais exposés par l'Algérie pour assurer la défense de ses intérêts. »
- [3] « Subsidiairement, si par impossible le Tribunal Arbitral juge que l'Algérie a commis une violation du Traité, l'ensemble des demandes seront rejetées en l'état faute de preuve de l'étendue et du montant du préjudice allégué.

Dans ce cas un expert neutre sera chargé de donner son avis sur la réalité et l'étendue du préjudice éventuellement subi, le Tribunal Arbitral lui donnant telles directives qu'il jugera appropriées pour définir le cadre juridique de sa mission. L'Algérie rappelle qu'elle suggère notamment les directives ci-après :

a) *les pertes subies par les parties demanderesses seront calculées sur la base des coûts réellement supportés par celles-ci, directement ou par le biais du Groupement Lesi-Dipenta, compte étant dûment (sic) tenu, entre autres éléments, des sommes versées par l'ANB à titre d'avances ainsi que des plus-values réalisées lors des cessions de matériel ;*

b) *le gain manqué par Lesi sera estimé sur la base de la provision contractuelle pour bénéfice de 2,3% en prenant pour assiette le montant du Marché initial, hors droits et taxes ; si toutefois le Tribunal l'estime opportun, l'expert pourra donner un avis sur la probabilité de réalisation d'un bénéfice supérieur à 2,3% en se référant à des éléments objectifs et concrets tels que la marge bénéficiaire après impôt habituellement réalisée par Lesi et par d'autres entreprises du même secteur sur des ouvrages comparables au cours de la période comprise entre 1994 et 1998 ;*

c) *si le Tribunal juge recevable la demande d'indemnisation d'une perte de chance, l'expert recherchera si Lesi a participé, seule ou en groupement, à des appels d'offres portant sur de grands ouvrages de génie civil entre 1998 et*

ce jour, et si elle a ou non obtenu des marchés portant sur de tels ouvrages ; dans la négative, l'expert indiquera si, à son avis, l'insuffisance des références techniques et/ou financières de la partie demanderesse due à l'inexécution du barrage de Koudiat Acerdoune à (sic) joué un rôle déterminant dans ce ou ces échecs ; enfin il donnera une estimation approximative du nombre de grands ouvrages que Lesi aurait eu la capacité de réaliser pendant la période de référence, laissant pour le surplus au Tribunal Arbitral le soin de chiffrer la valeur de la perte de chance subie ;

d) l'expert procédera personnellement à toutes les vérifications qu'il jugera utiles ; pour ce faire, il pourra demander à consulter tous registres et documents commerciaux, financiers et comptables tant du Groupement que de son principal partenaire Lesi ; il pourra également interroger toute personne qu'il estimera pouvoir le renseigner, notamment les dirigeants, employés, commissaire aux comptes et fournisseurs, actuels ou passés, du Groupement et de Lesi ; l'expert, s'il le juge nécessaire, pourra se faire assister ponctuellement par tout sachant d'une autre spécialité, à charge pour lui d'en informer le Tribunal Arbitral et les parties au préalable et de recueillir leur avis. »

[4] *« Les frais d'expertise seront avancés par les Demanderesses. Cette demande est justifiée non seulement par la qualité de demanderesses de Lesi et Astaldi, qui fait peser sur elles la charge de la preuve, mais aussi par la responsabilité que portent les Demanderesses dans l'impossibilité de parvenir à la fixation amiable d'une indemnité. L'Algérie rappelle qu'à plusieurs reprises Lesi a modifié en profondeur les méthodes de calcul servant de base aux évaluations soumises à l'ANB et qu'elle a majoré de façon massive et systématique le montant de ses réclamations (opération qu'elle a renouvelée au cours de la procédure d'arbitrage en produisant le rapport Pinchon). L'Algérie rappelle également que Lesi a refusé d'autoriser l'ANB à auditer ses comptes et même refusé la désignation conjointe d'un expert neutre, rendant le blocage définitif. L'équité veut que les Demanderesses supportent les conséquences de leur intransigeance ».*

95. Sur la base de ces conclusions, le Tribunal arbitral considère qu'il est justifié de suivre l'ordre suivant :

- La responsabilité de l'Etat algérien au titre des actes de l'ANB (ci-dessous lettre B) ;
- Les violations alléguées de l'Accord bilatéral (ci-dessous lettre C) ;
- La fixation et l'allocation des frais et dépens de l'arbitrage (ci-dessous lettre D) ;
- Le dispositif (ci-dessous lettre E).

B. La responsabilité de l'Etat algérien au titre des actes de l'ANB

1. Le problème

96. Les Demanderesses sont d'avis que les démarches et actes entrepris par l'ANB sont de nature à engager la responsabilité de l'Etat algérien. Au contraire, la Défenderesse conteste être l'auteur des actes ou responsable des événements dont se plaignent les Demanderesses.

C'est la raison pour laquelle les Demanderesses invitent le Tribunal arbitral à (Dem. 28.02.07, p. 88):

[Dem. 1] *« Déclarer la Défenderesse responsable [pour violation de ses obligations internationales] vis-à-vis des Demanderesses, ainsi que précisé ci-dessus » ;*

alors que dans son Contre-Mémoire en Réplique la Défenderesse a pris la conclusion suivante (Déf. 30.06.07, p. 103-105) :

[Déf. 1] *« [L'ensemble des demandes seront rejetées en l'absence de violation du Traité], l'Algérie en tant que telle n'étant pas impliquée dans le litige d'une part, [les faits incriminés ne constituant pas des actes illicites au sens du Traité d'autre part.] »*

2. La position des Parties

a) Pour les Demanderesses

97. La position des Demanderesses est en bref la suivante :

Toutes les violations de l'Accord bilatéral que les Demanderesses invoquent dans le présent arbitrage seraient imputables à la Défenderesse (Dem. 28.02.07 n° 16). L'ANB posséderait toutes les caractéristiques d'un organe de l'Etat. Cet organe aurait été créé par un acte de nature législative, le Décret No. 85-163 ; sur la base de cet acte, plusieurs indices démontreraient que l'ANB pourrait être assimilée à une institution gouvernementale : sa nature, son président, son siège, son Directeur général, son organisation interne, ses comptes et ses ressources financières (Dem. 28.02.07 n° 48-49). Le fait que le droit algérien ne qualifie pas expressément l'ANB d'organe étatique et que l'ANB possède une personnalité juridique distincte en droit interne ne ferait pas obstacle à une telle qualification (Dem. 28.02.07 n° 50). En outre, le papier-en-tête de l'ANB porterait régulièrement la mention « République Algérienne Démocratique et Populaire - Ministère des Ressources en Eau - ANB » et même la Défenderesse définirait elle-même l'ANB comme « opérateur public » ou « personne morale publique » (Dem. 28.02.07 n° 51-52). L'ANB aurait des prérogatives et exercerait des pouvoirs gouvernementaux puisqu'elle serait la seule institution algérienne compétente en matière de ressources en eau et de grands projets hydrauliques. Les tâches de l'ANB comprendraient des fonctions typiquement étatiques, qu'un Etat pourrait exercer tant par le biais d'un ministère qu'à travers une agence spécialisée créée par lui. La Défenderesse aurait également reconnu que l'ANB jouirait de pouvoirs de nature gouvernementale en tant qu' « établissement public à caractère administratif. » (Dem. 28.02.07 n° 55-58).

98. L'ANB réaliserait de grands projets infrastructureux de l'Etat. Dans le cas d'espèce - le barrage de Koudiat Acerdoune visant à l'approvisionnement en eau de la ville d'Alger - elle jouerait le rôle de maître d'ouvrage au nom et pour le compte du Gouvernement. La Défenderesse aurait par ailleurs confirmé que la résiliation du Marché se justifierait à la lumière de l'« intérêt du service public » (Dem. 28.02.07 n° 59-66).

Le Décret n° 85-163 témoignerait du fait que l'ANB agirait sous la direction et le contrôle de l'Etat. Elle serait dépourvue de toute autonomie (Dem. 28.02.07 n° 68-71). En outre, le fait que plusieurs autres organes de l'Etat algérien soient intervenus dans la conclusion, l'exécution et la résiliation du Marché, plus particulièrement le Ministre des Ressources en Eau, le Ministère de l'Equipement, la Commission Nationale des Marchés, le Ministre des Finances, démontrerait que les actes dont les Demanderesses se plaignent seraient imputables à l'Etat algérien (Dem. 28.02.07 n° 75-86).

Ce serait également les organes de l'Etat qui auraient omis de protéger et de sécuriser le chantier du Marché ainsi que toute la région du site. L'implication de l'Etat algérien serait confirmée par la correspondance échangée et par les réunions tenues entre les Parties en présence de représentants de l'Etat. Les mesures sécuritaires, limitées et insuffisantes selon les Demanderesses, auraient finalement été mises en place en 1996 par l'Armée algérienne (Dem. 28.02.07 n° 87-92).

b) Pour la Défenderesse

99. La position de la Défenderesse est en bref la suivante :

L'ANB ne se confondrait pas avec l'Etat algérien, mais constituerait une personne morale distincte dotée d'organes propres. Seule l'ANB aurait conclu le Marché, de sorte qu'elle seule pourrait s'exposer à une critique des Demanderesses. Plusieurs documents, dont la décision d'adjuger le Marché du 20 décembre 1993 à LESI, les avenants n° 2 et 3, l'ordre d'arrêter les travaux, la décision notifiant à LESI la résiliation du Marché, auraient été signés par un responsable unique, le Directeur général de l'ANB (Déf. 30.06.07 n° 3.2.1).

100. Quatre raisons supplémentaires expliqueraient pourquoi l'ANB ne serait pas un organe de l'Etat algérien : aucune disposition de droit algérien ne qualifierait l'ANB d'organe de l'Etat ; le droit international ne contiendrait aucune définition claire de l'« organe » ; le terme « organe » ne pourrait désigner un établissement public doté de la personnalité civile, de l'autonomie financière et de ses propres organes de gestion ; le fait que l'ANB soit placée « sous la tutelle » du ministère chargé de l'hydraulique n'exprimerait aucune confusion avec l'Etat (Déf. 30.06.07 n° 3.2.2.1).

Quant aux prérogatives de puissance publique, elles viseraient en droit administratif algérien des moyens d'action et de protection exorbitants du droit commun, mis à la disposition de la puissance publique pour exercer ses activités. Ces prérogatives appartiendraient exclusivement aux pouvoirs publics. Il ne faudrait pas confondre prérogatives de puissance publique avec la mission de service public. Le fait qu'une entité quelconque, publique ou privée, se voie confier une mission de service public n'impliquerait pas *ipso facto* la détention de prérogatives de puissance publique. Dans le cas d'espèce, aucune disposition du Décret 85-163 ne conférerait à l'ANB quelque prérogative de puissance publique que ce soit, et rien dans les faits allégués par les

Demanderesses n'établirait que l'ANB aurait joui ou exercé *de facto* de telles prérogatives.

Les actes de l'ANB ne lui seraient pas dictés par une autorité étatique hiérarchiquement supérieure puisque les décisions importantes concernant le dossier LESI auraient été prises par le Directeur général de l'ANB. Le Ministre des Ressources en Eau aurait même décliné la requête d'intervention et invité LESI à poursuivre ses négociations directement avec l'ANB. Il existerait au sein de l'ANB un centre de décision autonome dont la fonction ne serait nullement d'exécuter les instructions d'un supérieur hiérarchique, mais bien de prendre position au fond sous sa propre responsabilité (Déf. 30.06.07 n° 3.2.2.3).

Le terme « contrôle » devrait être interprété étroitement ; il ne pourrait désigner qu'une participation effective de l'Etat à l'acte individuel incriminé, participation dont la forme et l'intensité pourraient varier, mais qui devrait dans tous les cas être active. Si l'on devait admettre que le mot « contrôle » peut désigner un rôle de simple surveillance, toute entité du secteur public serait soumise au contrôle de l'Etat. Bien que l'ANB soit placée sous la tutelle du Ministère des Ressources en Eau, rien ne prouverait que l'ANB aurait dû obtenir l'autorisation préalable du Ministère avant de prendre les décisions litigieuses (Déf. 30.06.07 n° 3.2.2.3).

101. L'argument des Demanderesses tendant à imputer certaines actions et omissions à d'autres acteurs que l'ANB ne pourrait constituer qu'un argument subsidiaire afin de savoir si, en cas de rejet du grief concernant l'imputabilité des actes de l'ANB à l'Etat algérien, les Demanderesses pourraient reprocher à la Wilaya de Bouira et/ou à l'Armée algérienne une violation des obligations nées du Traité. Il serait manifeste que ni la Wilaya de Bouira, ni l'Armée algérienne, ni le Ministère des Finances ne sont intervenus dans la décision de résilier le Marché. Il n'existerait non plus aucune preuve que le Ministère des Ressources en Eau, qui aurait refusé d'interférer dans le fonctionnement de l'organisme qu'il supervise, porterait une responsabilité personnelle distincte de celle de l'ANB dans la décision de résiliation (Déf. 30.06.07 n° 3.3.2).

3. La position du Tribunal arbitral

102. Ni la Convention, ni l'Accord ne définissent les conditions de l'imputabilité à l'Etat des activités d'une personne morale de droit public. Se fondant sur l'article 42(1) de la Convention, le Tribunal arbitral s'inspirera dès lors des Articles de la Commission du droit international des Nations Unies sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (ci-après les Articles CDI), annexés à la Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies n° 56/83 du 12 décembre 2001 (Doc. A/RES/56/83). Ce texte reflète selon lui l'état du droit international coutumier en la matière, ce que confirme la jurisprudence arbitrale.

103. L'article 4 CDI prévoit ceci :

« 1. Le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'Etat. »

2. *Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'Etat. »*

L'article 5 CDI prévoit ceci :

« Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'Etat au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet Etat à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international. »

104. Ainsi, d'après le droit international, le comportement d'une entité est considéré comme un fait de l'Etat s'il émane d'un organe qui exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres (article 4 CDI). De plus, le comportement d'une entité qui n'est pas un organe de l'Etat jouissant des fonctions mentionnées à l'article 4 peut néanmoins être considéré comme le fait d'un Etat si cette entité est habilitée à exercer des prérogatives de puissance publique et si elle a agi en l'espèce en cette qualité (article 5 CDI).
105. Le Tribunal arbitral constate d'emblée que l'ANB n'est pas un organe au sens de l'article 4 CDI. En revanche, il convient d'examiner si l'ANB est néanmoins habilitée à exercer des prérogatives de puissance publique conformément à l'article 5 CDI (critère structurel) et si les faits litigieux relèvent de l'exercice des prérogatives de puissance publique de cette entité (critère fonctionnel).

a) Critère structurel

106. La jurisprudence admet que la responsabilité de l'Etat peut être engagée dans des contrats 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*, aff. CIRDI 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*, aff. CIRDI ARB/00/6, §§28-35, *JDI 2007*, p. 260 ; cf. aussi SEBASTIEN MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats ; Trente années d'activité du CIRDI*, Editions du Juris-Classeur, Paris 2004, n° 747, p. 572).

Ainsi, dans la première affaire citée, le tribunal arbitral a décidé qu'une société de nature commerciale pouvait être qualifiée d'entité publique (« State entity ») même si le droit national (espagnol en l'espèce) ne la définit pas comme une entité administrative : la société SODIGA avait été créée par un décret (« decree ») du Ministère de l'Industrie avec l'intention de lui confier des tâches publiques. D'autres Ministères avaient participé à sa création et son activité, afin de favoriser le développement régional qui relève typiquement de tâches publiques.

107. En l'espèce, il convient d'examiner le Décret 85-163 du 11 juin 1985 portant création de l'agence nationale des barrages (ci-après « le Décret 85-163 » ; Dem. pièce n° D-4.8 = Déf. pièce n° A-3).

- i) Quant à sa *nature*, l'ANB a été créée par le Décret 85-163 sur la base d'un rapport du Ministre de l'hydraulique, de l'environnement et des forêts, en application d'un autre décret qui détermine les missions générales des structures et des organes de l'administration générale des ministères. Le Décret crée en l'ANB un

« établissement public à caractère administratif et à vocation technique, doté de la personnalité civile et de l'autonomie financière » (article 1 alinéa 1 du Décret). L'ANB « est placée sous la tutelle du ministre chargé de l'hydraulique » (article 1 alinéa 2).

- ii) Quant à son *objet*, l'ANB est « l'instrument de mise en œuvre des plans et programmes arrêtés en matière de mobilisation et de transfert des ressources en eaux superficielles » (article 4). L'article 6 du Décret décrit les tâches d'intérêt général dont l'ANB est chargée. Dans le domaine des travaux et des réalisations des ouvrages de mobilisation et de transfert des ressources en eau, l'ANB « est chargée d'exercer les prérogatives et les responsabilités de maître d'ouvrage » (article 8).
- iii) *Le Conseil d'orientation de l'ANB* est « chargé d'étudier et de proposer à l'autorité de tutelle toute mesure se rapportant à l'organisation et au fonctionnement de l'agence [ANB] » (article 14). Ce conseil comprend les membres suivants (article 15) : le ministre chargé de l'hydraulique ou son représentant, président ; le représentant du ministère de la défense nationale ; le représentant du ministère des finances ; le représentant du ministre de l'intérieur et des collectivités locales ; le représentant du ministère de la planification et de l'aménagement du territoire ; le représentant du ministère de l'énergie et des industries chimiques et pétrochimiques ; le représentant du ministère de l'industrie lourde ; le représentant du ministère des industries légères ; et le représentant du ministère des transports.

Les fonctions de membre de ce Conseil sont gratuites (article 18) et les membres sont nommés par arrêté du ministre chargé de l'hydraulique (article 19).

- iv) *Le Directeur général de l'ANB* est nommé par décret pris sur proposition du ministre chargé de l'hydraulique (article 21). Il exécute les décisions du Conseil d'orientation et « passe tous les marchés, accords et conventions en rapport avec le programme d'activité, sauf ce (sic) pour lesquels une approbation de l'autorité de tutelle est nécessaire » (article 23). L'organisation interne de l'ANB est fixée par arrêté du Ministre chargé de l'hydraulique.
- v) Les *comptes* de l'ANB sont tenus conformément aux règles de la comptabilité publique (article 25). L'ANB est soumise au contrôle financier de l'Etat (article 26). Son budget est « transmis pour approbation au ministère de tutelle et au ministère des finances avant le début de l'exercice auquel il se rapporte » (article 29). Les ressources de l'ANB sont avant tout constituées par les subventions de l'Etat, des collectivités locales et des organismes publics (article 31).

108. Il ressort de l'ensemble de ces éléments que l'ANB est certes une entité dotée d'une personnalité juridique distincte, mais qu'elle dépend étroitement de l'Etat algérien :

- Sa création a été proposée par un rapport gouvernemental et sa dénomination est « établissement public à caractère administratif ».
- L'ANB est placée sous la tutelle du Ministère et elle est un instrument de mise en œuvre d'un programme d'activités spécialement définies.
- Ses tâches entrent clairement dans un but d'intérêt général et public.

- L'ANB est dotée de pouvoirs de puissance publique lors de la passation de marchés publics puisqu'elle joue le rôle de maître d'ouvrage dans le domaine des travaux d'intérêt général.
- Son programme d'activités, les conditions générales de passation des marchés, les accords et les conventions qu'elle conclut, sont décidés par son Conseil d'orientation, dont les membres sont nommés par arrêté du ministre chargé de l'hydraulique. Il est dès lors manifeste que l'ANB est soumise au programme d'activités déterminé par son Conseil d'orientation. En outre, le Directeur général de l'ANB ne fait qu'exécuter les décisions prises par le Conseil d'orientation et n'assiste aux réunions du Conseil qu'à titre consultatif (article 16 du Décret). L'ANB est par conséquent soumise aux instructions et au contrôle de l'Etat algérien, du fait que le Conseil d'orientation, qui est son organe décisionnel, est constitué de membres du gouvernement algérien.

Pour le Tribunal arbitral, il ressort de cette analyse que l'ANB peut être assimilée à cet égard à l'Etat algérien.

109. Cette affirmation est corroborée par les éléments suivants plus spécialement liés au projet de Koudiat Acerdoune :

- Le Décret présidentiel n° 93-318 du 26 décembre 1993 portant approbation de l'accord de prêt entre l'Etat algérien et la BAD portant sur le financement de la construction du barrage de Koudiat Acerdoune confirme que l'ANB est au service du Ministère de l'équipement (cf. article 13) (Déf. pièce n° A-70) ;
- Le Décret présidentiel n° 01-153 du 24 juin 2001 portant approbation de l'accord de prêt entre l'Etat algérien et la BAD pour le financement de la construction du barrage BCR précise en son article 2 que « [l]e ministère chargé des ressources en eau, le ministère chargé des finances, la Banque algérienne de développement, l'Agence nationale des barrages (ANB), sont tenus de prendre chacun en ce qui le concerne, toutes les dispositions nécessaires à la sauvegarde des intérêts de l'Etat et à l'exécution, à la coordination, au suivi et au contrôle des opérations de réalisation du projet [...] » (Déf. pièce n° A-112).
- Dans les correspondances d'octobre 1998 l'ANB demandait au Ministère des finances d'intervenir directement auprès de la BAD afin d'être informée des suites données à l'Avenant n° 3 (Déf. pièce n° A-83 ; cf. Transcript 05.11.07, p. 23 : 27).

110. Il en découle que l'ANB, en dépit de sa personnalité propre, est habilitée à exercer des prérogatives de puissance publique et que ses actes sont imputables à l'Etat dès lors qu'elle agit en cette qualité.

b) Critère fonctionnel

111. En droit international, tous les actes exécutés par une entité habilitée à exercer des prérogatives de puissance publique ne relèvent pas nécessairement de la responsabilité de l'Etat. Conformément au critère fonctionnel, il convient encore d'examiner si ces actes ont une nature gouvernementale puisque seuls les actes réalisés par cette entité en

cette qualité peuvent être imputés à l'Etat (cf. par ex. en ce sens la sentence *Maffezini* sentence du 13 novembre 2000, *Emilio Augustin Maffezini c. Royaume d'Espagne*, aff. CIRDI ARB/97/7, §52 : cf. aussi SEBASTIEN MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats ; Trente années d'activité du CIRDI*, Editions du Juris-Classeur, Paris 2004, n° 752 ss, p. 575 et CHRISTOPH H. SCHREUER, *The ICSID Convention : A Commentary*, Cambridge 2001, n°235 ad article 25).

112. Il appartient au Tribunal d'examiner si ce critère est satisfait à l'égard de chacune des principales prétentions des Demanderesses.

i) Application du critère fonctionnel au grief relatif à l'expropriation alléguée

113. On l'a vu, l'ANB est un « établissement public à caractère administratif » (art. 1 du Décret 85-163) qui, selon l'article 118 du Décret 91-434 portant sur la réglementation des marchés publics, forme une catégorie spécifique de maîtres d'ouvrage. L'agence nationale des barrages est chargée d'exercer les prérogatives et les responsabilités de maître d'ouvrage dans le domaine des travaux et des réalisations des ouvrages de mobilisation et de transfert des ressources en eau (art. 8 du Décret 85-163, cf. ci-dessus n°107). Cela peut être démontré par toute une série de faits et de documents qui ont été présentés au cours de la procédure :

- Le Ministère de l'équipement et l'ANB sont mentionnés dans *l'avis de présélection* du 14 septembre 1992 (Dem. pièce n° 6) ; la République algérienne, le Ministère de l'Equipement et l'ANB sont mentionnés sur la pièce contractuelle n° 1 (Dossier d'offre) et sur l'ordre de service du 20 décembre 1993 (Dem. pièces n° 11 et 12).
- L'ANB a émis un *ordre de service* du 28 octobre 1997 au Groupement afin de l'inviter à arrêter les travaux à compter du 1^{er} novembre 1997 (Dem. pièce n° 46 = Déf. pièce n° 15). Cet ordre a été notifié par écrit, sur du papier en-tête portant mention de la République algérienne, du Ministère de l'hydraulique et des forêts ainsi que de l'ANB.
- Le *projet d'Avenant n° 3* a été envoyé au bailleur de fonds (la BAD) le 28 juin 1998 pour approbation, celle-ci étant nécessaire puisque la BAD finançait le projet. La BAD a soumis son financement à la condition que soit lancé un nouvel appel d'offres. L'ANB a dès lors voulu négocier une résiliation à l'amiable avec le Groupement. Il ressort du procès-verbal de la réunion du 12 février 2000 au cours de laquelle l'ANB a offert au Groupement une résiliation à l'amiable que le Directeur général de l'ANB a reçu une recommandation du Ministre des Ressources en Eau concernant un prêt concessionnel (Déf. pièce n° 105). Il ressort également du procès-verbal de la séance du 25 juin 2000 qu'à côté du Directeur général de l'ANB, trois membres du Ministère des Ressources en Eau ont assisté à la séance pour informer le Groupement de la résiliation souhaitée (« [l]a séance fut ouverte par le DPAE qui exposa brièvement les démarches entreprises par l'Administration lesquelles n'ont pas pu aboutir à cause du financement du projet » ; Déf. pièce n° 106).
- Lors de la *visite du 5 mai 2001*, afin de constater sur place le matériel existant, les travaux ainsi que les accès réalisés, les cinq représentants de l'ANB étaient

accompagnés de deux représentants de la Direction de l'Hydraulique de la Wilaya, dont le Directeur (Dem. pièce n° 79). Il est important de souligner que le Directeur de Wilaya de l'hydraulique est membre de la commission des marchés selon l'article 119 du Décret 91-434 du 9 novembre 1991 portant réglementation des marchés publics (Dem. pièce n° 4.2).

- Le 27 juin 2001, l'ANB a résilié le Contrat par une « *décision* ». Comme les communications mentionnées ci-dessus (cf. n° 97), l'en-tête de cette décision porte la mention de la République algérienne, du Ministère des Ressources en Eau et de l'Agence nationale des barrages. Cette décision commence par indiquer les motifs de la résiliation puis comprend deux articles : le premier annonçant la résiliation et le second prévoyant qu'elle prendra effet à compter de sa notification au Groupement (Dem. pièce n° 82).

114. Sur la base de ce qui précède, le Tribunal arbitral constate que la résiliation du 27 juin 2001 du Marché est de nature gouvernementale, et par conséquent, imputable à l'Etat algérien. Cette observation est corroborée par un autre indice : si le but de l'ANB de passer un marché de construction de barrage avait été de nature commerciale, cette agence aurait résilié le Contrat bien avant le 27 juin 2001 afin d'éviter des pertes financières. Le processus, qui a duré et qui est marqué par la volonté de l'ANB de réaliser un grand projet de ressources en eau pour la ville d'Alger, démontre que l'intérêt général de nature gouvernementale prime sur l'intérêt commercial.

ii) Application du critère fonctionnel au grief relatif au traitement juste et équitable

115. En relation avec le traitement juste et équitable, les Demanderesses mettent en cause l'attitude de l'ANB sur les questions de sécurité, sur le changement du mode de construction, sur le rejet de la proposition faite par le Groupement concernant le moyen de financement alternatif à la BAD et sur le lancement du nouvel appel d'offres.

- En ce qui concerne la sécurité, il est important de préciser qu'un cantonnement militaire existait dans la région du barrage avant la signature du Contrat. Son but était de protéger l'ensemble de la région mais lorsque des visites étaient organisées sur le site du chantier, les visiteurs devaient passer par le cantonnement pour obtenir une escorte jusqu'au site (Transcript 6.11.07, p. 14). L'ANB a pris contact avec le cantonnement militaire afin qu'il protège également le site du chantier. Toutefois, sa mission étant de sécuriser toute la région, y compris le chantier, le cantonnement ne pouvait pas sécuriser uniquement celui-ci (Transcript 6.11.07, p. 14). Après ce refus, l'ANB a pris contact avec le Wali de la Wilaya pour créer une société de gardiennage, appelée « patriotes » ou « GLD ». Ces patriotes sont des agents spécialisés qui ont accompli le service national, qui ont fait l'objet d'enquêtes d'habilitation et qui sont armés comme les soldats du cantonnement (Transcript 6.11.07, p. 14).

Sur la base de ce qui précède, les moyens entrepris pour la sécurité active relèvent d'une mesure étatique de nature gouvernementale pour les raisons suivantes : les escortes assurées durant la première période étaient organisées par le cantonnement militaire ; la mise sur pied d'une armée de patriotes était organisée par la Wilaya, organisme étatique décentralisé ; les patriotes fonctionnaient et étaient armés comme les soldats du cantonnement puisque l'Etat algérien devait leur fournir des armes ; les mesures prises par une force

de l'ordre pour assurer la sécurité dans un Etat relèvent d'un acte de nature gouvernementale et non de nature commerciale.

En conséquence, les mesures de sécurité qui étaient, selon les Demanderesses, insuffisantes sont imputables à l'Etat algérien.

- En ce qui concerne le changement de mode de construction du barrage, le Tribunal arbitral retient les éléments suivants :
 - o La raison pour laquelle il a été décidé de modifier le mode de construction tient à la situation sécuritaire dans l'Etat d'accueil. En élaborant une variante de construction, on voulait éviter d'utiliser des explosifs ; l'idée était donc bien dictée par le maintien de l'ordre public.
 - o L'ANB, en tant que maître d'ouvrage d'un projet d'intérêt général, a ordonné au Groupement de travailler sur la variante, ce qui a abouti au projet de l'Avenant n° 3. Comme c'était le cas pour le mode de construction originel, la variante devait être exécutée selon les instructions du maître d'ouvrage ;
 - o La décision de la BAD, organisme quasi-étatique, a soumis le changement du mode de construction à certaines conditions. Sa décision était irrévocable et l'ANB était placée devant le choix ou de l'accepter ou de perdre le financement de la construction du barrage.

Ces mesures prises par l'ANB en tant maître d'ouvrage, ont été dictées par un but d'intérêt général et non commercial. La hiérarchie entre d'une part la BAD et l'ANB et d'autre part l'ANB et le Groupement démontre que chacune de ces entités devaient se conformer au comportement de celle qui lui était hiérarchiquement supérieure. Le Tribunal arbitral est d'avis que l'ANB a, dans sa décision de changer le mode de construction et de mandater le Groupement d'élaborer l'Avenant n° 3, réalisé des actes de nature gouvernementale.

- En ce qui concerne le rejet par la Défenderesse de la proposition des Demanderesses d'un financement alternatif, le Tribunal arbitral constate que cette décision a été prise à la suite d'une étude comparative du Ministère des Finances (Déf. pièce 102). C'est donc afin d'économiser des deniers publics que la Défenderesse a estimé que le financement de la BAD était plus avantageux que celui du MCC : les conditions proposées par la banque italienne étaient inadaptées à la nature du projet et plus onéreuses que celles de la BAD. En outre, la nature du projet nécessitait le recours à un financement d'une des Entreprises Financières à multiples parties (Déf. pièce 102). La décision, sur recommandation d'un Ministère, de donner la préférence à un organisme quasi-étatique pour des motifs d'économie dans le but de construire un barrage d'intérêt général relève elle aussi d'un acte de nature gouvernementale.
- En ce qui concerne la décision de lancer un nouvel appel d'offres, elle relève d'une nature gouvernementale puisqu'en l'adoptant, l'ANB a utilisé son pouvoir spécifique, octroyé par l'article 8 du Décret 85-163, en tant que maître

d'ouvrage et délégué par l'Etat algérien de faire un appel public aux entreprises privées qui seraient intéressées à construire le barrage.

116. En conséquence, l'application du critère fonctionnel démontre que l'ensemble des actes exécutés par l'ANB et visés par le grief concernant le traitement juste et équitable sont de nature gouvernementale.

iii) Application du critère fonctionnel au grief relatif à la sécurité

117. La question de sécurité étant déjà examinée ci-dessus (cf. n° 115), le Tribunal arbitral constate que ce grief est imputable à l'Etat algérien.

4. La conclusion

118. Il découle des considérations qui précèdent qu'en application du critère structurel, l'ANB doit être considérée comme une entité dotée de prérogatives de puissance publique et que, conformément au critère fonctionnel, les actes qui lui sont reprochés sont de nature gouvernementale. Il en résulte que, dans cette mesure, les agissements litigieux de l'ANB sont propres à engager la responsabilité de l'Etat au sens de l'article 5 CDI.

Par conséquent, le Tribunal arbitral décide :

La conclusion n° 1 des Demanderesses ([Dem. 1]) est admise dans la mesure où les actes de l'ANB sont imputables à l'Etat algérien.

La conclusion n° 1 de la Défenderesse ([Déf. 1]) est rejetée dans la mesure où l'Etat algérien est impliqué dans le litige en tant que tel.

C. Les violations alléguées de l'Accord bilatéral

1. L'expropriation de l'investissement sans indemnisation

1.1 Le problème

119. L'ANB a résilié le Marché par décision administrative du 27 juin 2001 (ci-dessus n° 39). Cette résiliation constitue pour les Demanderesses une expropriation de son investissement tandis que la Défenderesse est d'avis que ce raisonnement n'est pas fondé.

C'est la raison pour laquelle les Demanderesses invitent le Tribunal arbitral à (Dem. 28.02.07, p. 88):

[Dem. 1] « *Déclarer la Défenderesse responsable pour violation de ses obligations internationales vis-à-vis des Demanderesses, ainsi que précisé ci-dessus* » ;

alors que, dans son Contre-Mémoire en Réplique, la Défenderesse a pris la conclusion suivante (Déf. 30.06.07, p. 103-105) :

[Déf. 1] « *L'ensemble des demandes seront rejetées en l'absence de violation du Traité, [l'Algérie en tant que telle n'étant pas impliquée dans le litige d'une part,] les faits incriminés ne constituant pas des actes illicites au sens du Traité d'autre part.* »

1.2 La position des Parties

a) Pour les Demanderesses

120. La position des Demanderesses est en bref la suivante :

La résiliation aurait pour effet de priver le Groupement de son investissement. De plus, l'Etat algérien n'ayant versé aucune indemnité à l'investisseur, la résiliation constituerait un cas d'expropriation en violation du droit international (Dem. 28.02.07 n° 97).

La décision de résilier le Contrat serait arbitraire pour les raisons suivantes : la Défenderesse soutiendrait à tort que le Groupement aurait « sollicité » ou « incité » l'ANB à prononcer la résiliation unilatérale du Marché ; l'ANB essaierait de justifier la résiliation unilatérale en invoquant le refus du Groupement de participer au nouvel appel d'offres ; l'ANB soutiendrait à tort qu'elle aurait été contrainte de lancer le nouvel appel d'offres avant la résiliation du Marché à cause des pressions de la BAD ; la Défenderesse aurait invoqué sans motif une faute de l'entrepreneur, une faute qui ne trouverait aucune confirmation dans les faits et ne leur aurait jamais été reprochée auparavant (Dem. 28.02.07 n° 99-110).

121. La nature illégale de la résiliation unilatérale du Marché consisterait en la violation des dispositions du droit interne de l'Etat algérien, soit les articles 97 et 98 du Décret Exécutif No. 91-434. Avant la résiliation, la Défenderesse n'aurait jamais reproché aux Demanderesses une quelconque inexécution contractuelle. La Défenderesse n'aurait pas non plus respecté les obligations procédurales avant de résilier le Marché. La motivation de la résiliation – pour des motifs d'intérêt général – n'aurait jamais été invoquée auparavant. Aujourd'hui encore, la Défenderesse n'aurait pas respecté son obligation de compenser le Groupement (Dem. 28.02.07 n° 111-119).

122. La résiliation arbitraire et sans indemnité du Marché serait également illégale au vu du droit international, car elle constituerait une expropriation indirecte en violation de l'article 4 al. 2 de l'Accord. Le droit interne algérien que la Défenderesse essaierait d'invoquer ne jouerait aucun rôle dans la détermination de sa responsabilité internationale dans le cas d'espèce. Seul le droit international serait applicable pour juger la présente affaire. La résiliation abusive du Marché, ainsi que tous les autres comportements reprochés à l'Etat, ne constitueraient que le fondement factuel de la violation des obligations internationales de la Défenderesse (Dem. 28.02.07 n° 120-138).

L'expropriation dans le cas d'espèce serait une confiscation de droits acquis puisque la Défenderesse aurait résilié unilatéralement le Marché, privant du même coup le Groupement des bénéfices économiques de son investissement et aurait fait perdre aux Demanderesses tous leurs droits de façon définitive (Dem. 31.10.05 n° 186). Les droits acquis seraient les droits dérivés du Marché, soit le droit de réaliser la construction du barrage de Koudiat Acerdoune et de recevoir tous les bénéfices de l'investissement protégé par l'Accord (Dem. 28.02.07 n° 147). L'Etat algérien ne pourrait se prévaloir

d'aucune condition exceptionnelle susceptible de rendre légal son acte d'expropriation (Dem. 28.02.07 n° 166-168).

123. La résiliation serait également illégale en raison du fait que la Défenderesse n'aurait jamais versé aux Demanderesses l'indemnité qu'elle leur doit. L'obligation pour l'Etat d'indemniser en cas d'expropriation serait une obligation bien établie en droit international, même en cas d'expropriations « légitimes » (Dem. 31.10.05 n° 187-188).

b) Pour la Défenderesse

124. La position de la Défenderesse est en bref la suivante :

Les faits allégués par les Demanderesses ne seraient pas exacts. (1) Le Groupement aurait été clairement averti de l'existence d'un aléa lié au consentement de la BAD relatif à l'Avenant n° 3. Il aurait également été parfaitement conscient que l'Avenant n° 3 ne pourrait pas être conclu (Déf. 30.06.07 n° 4.2.2.2) ; (2) L'ANB aurait fait tout ce qui était en son pouvoir pour persuader la BAD de délivrer un avis de non-objection. La raison pour laquelle l'ANB n'aurait pas réagi à l'offre financière de la banque italienne MCC serait tout à fait objective puisque le Ministère des Finances aurait procédé à une étude comparative des conditions de crédit proposées par la BAD et par le MCC et que le même Ministère serait parvenu à la conclusion que les conditions proposées par le MCC seraient inadaptées à la nature du projet et plus onéreuses que celles de la BAD (Déf. 30.06.07 n° 4.2.2.2).

125. En ce qui concerne la résiliation du Marché, l'ANB aurait suivi une position correcte ; elle n'aurait pas plaidé la force majeure en sa propre faveur et, sur ce fondement, tenté de se soustraire au paiement de quelque indemnité que ce soit. En outre, l'ANB, jouissant du droit de résilier le Marché, aurait rendu une décision de résiliation explicite, motivée, circonstanciée et dépourvue de contradictions (Déf. 30.06.07 n° 4.2.2.3). Après la résiliation du Marché, LESI aurait refusé toute coopération en vue de la résolution du problème : l'ANB aurait invité LESI à prendre part au deuxième appel d'offres sans qu'une telle participation ne constitue une acceptation implicite de l'accord de résiliation. Au contraire, l'ANB aurait reconnu les chances de LESI d'emporter le nouveau Marché. Le refus de LESI de participer au deuxième appel d'offres serait lié à un calcul financier. Le prix global du barrage en BCR avancé par les Demanderesses, soutenues par l'expert Pinchon (500 M€), serait très éloigné de la réalité car le prix du marché conclu entre l'ANB et Razel en 2002 s'élèverait à 104,5 M€, ce qui représenterait une augmentation de moins de 15% par rapport au montant du projet d'Avenant n° 3 présenté par LESI en juin 1998 (Déf. 30.06.07 n° 4.2.2.3).

Quant aux négociations tendant à la fixation de l'indemnité, le comportement de LESI - qui aurait pris l'initiative de présenter à plusieurs reprises des dossiers de réclamation - aurait démontré que celle-ci n'aurait jamais douté que la charge de la preuve de son préjudice pèse sur elle et non sur l'ANB. Celle-ci aurait toujours eu une attitude constructive face aux réclamations qui lui étaient présentées. Elle aurait accepté de multiples rencontres avec les représentants de LESI. La raison de l'échec des négociations serait due à un refus catégorique de la part de LESI de remettre en question la méthode de calcul qu'elle aurait adoptée unilatéralement et que M. Pinchon défendrait encore aujourd'hui sans la moindre concession (Déf. 30.06.07 n° 4.2.2.4).

126. En résiliant le Marché l'ANB se serait bornée à user d'un droit qu'elle tiendrait de la loi interne organisant ce type de contrat. Les motifs d'intérêt général de nature à légitimer une résiliation unilatérale par l'opérateur public résideraient fondamentalement dans l'abandon du projet ou dans le changement de l'organisation ou le fonctionnement d'un service public. L'abandon d'un projet, même remplacé par un projet différent ayant la même finalité, justifierait la résiliation d'un contrat (Déf. 24.03.06 n° 123). Une éventuelle contestation entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur à ce sujet relèverait de la compétence de la Chambre Administrative de la Cour d'Appel d'Alger. En ce qui concerne le grief d'expropriation, le Groupement, n'étant pas propriétaire du barrage, ne pourrait pas se présenter comme victime d'une expropriation directe conformément au droit algérien (Déf. 24.03.06 n° 127-133). En ce qui concerne l'expropriation indirecte, le droit algérien l'ignorerait. En outre, les Demanderesses n'auraient pas démontré qu'elles seraient dépossédées ou privées de la propriété de quelque chose au sens de l'Accord. Même en interprétant largement le terme « d'autres mesures », ce dernier devrait entraîner une privation de fait du droit de propriété (Déf. 24.03.06 n° 134-149).
127. S'agissant de la non-indemnisation alléguée par les Demanderesses, la Défenderesse ne conteste pas que, faute d'accord sur le montant dû, l'ANB n'aurait pas versé l'indemnisation annoncée. Toutefois, l'absence d'indemnisation ne saurait qualifier la résiliation d'illégale pour deux raisons : (1) l'Accord ne disposerait pas que l'indemnisation devrait être préalable à l'acte incriminé. Au contraire, le principe de l'indemnité devrait être reconnu immédiatement mais la fixation du montant exact, et *a fortiori* le paiement, pourraient n'intervenir qu'ultérieurement ; (2) il ne s'agirait pas d'expropriation indirecte si le débiteur refuse de payer une somme qu'il estimerait déraisonnable et non fondée, aussi longtemps du moins que le débiteur serait en mesure de faire valoir des objections (Déf. 30.06.07 n° 4.2.3.1.3).
128. Subsidiairement, la Défenderesse prétend que l'expropriation serait licite au regard de l'article 4.3 de l'Accord : il y aurait « impératif d'utilité publique » parce que la Défenderesse aurait dû se plier aux exigences de la BAD pour réaliser le barrage (Déf. 30.06.07 n° 4.2.3.2.1). La résiliation aurait été décidée selon une « procédure légale » puisque ni les principes généraux du droit en vigueur en Algérie, ni l'article 566 du Code Civil ne soumettraient la décision de résiliation unilatérale d'un contrat d'entreprise à un formalisme quelconque. Conformément au principe de bonne foi, la Défenderesse aurait quand même informé le Groupement par écrit de sa décision (Déf. 30.06.07 n° 4.2.3.2.2). De plus, en l'absence de preuves émanant des Demanderesses, la procédure n'aurait pas été « discriminatoire » (Déf. 30.06.07 n° 4.2.3.2.3). Enfin, la résiliation aurait été assortie de « dispositions immédiates prévoyant le paiement d'une indemnité adéquate et efficace » car la Défenderesse aurait pris de telles dispositions dès avant la résiliation, en particulier dans sa lettre du 14 avril 2001 (Déf. 30.06.07 n° 4.2.3.2.4).

1.3 La position du Tribunal arbitral

a) Les fondements

129. Les Demanderesses se fondent sur l'Accord bilatéral (cf. ci-dessus n° 89, 90 et 122) pour alléguer que la résiliation du Marché constitue une expropriation indirecte de leur investissement. Il convient dès lors d'analyser les éléments constitutifs d'une expropriation et d'examiner si les conditions y relatives sont remplies en l'espèce.

L'article 4.2 de l'Accord prévoit ceci :

« Chacun des Etats contractants ne prend pas (sic) de mesures d'expropriation, de nationalisation, de réquisition ou toutes autres mesures dont l'effet est de déposséder ou priver de la propriété, directement ou indirectement les nationaux et les personnes morales, de l'autre Etat contractant. »

130. La question qui se pose est donc de savoir si l'on se trouve en présence d' « une mesure d'expropriation [...] dont l'effet est de déposséder ou priver de la propriété » du Groupement.
131. En droit international, l'expropriation ne se limite pas à la confiscation de biens matériels appartenant à l'investisseur mais peut, en certaines circonstances, résulter de la privation substantielle de droits contractuels. Ce type d'expropriation dite « indirecte » ou « rampante » a été sanctionné à plusieurs reprises par des tribunaux arbitraux, y compris dans des affaires CIRDI (cf. notamment deux décisions récentes, aff. CIRDI ARB/03/29, *Bayindir Insaat Turizm Ve Sanayi A.S. c. Pakistan*, décision sur la compétence du 14 novembre 2005, § 255 ; aff. CIRDI ARB/02/8, *Siemens c. Argentine*, sentence du 6 février 2007, §§ 231 et s). On parle d'une expropriation indirecte lors d'une atteinte subie par un investisseur du fait de mesures qui ne visent pas directement l'investissement, mais qui l'affectent, intentionnellement ou non. L'effet de la mesure étatique équivaut à une expropriation à partir du moment où elle restreint l'usage que le bénéficiaire entendait faire de ce droit et/ou diminue le bénéfice qu'il devait générer (cf. également en ce sens, sentence du 10 février 1999 dans l'affaire *A. Goetz c. Burundi*, aff. CIRDI ARB/95/3/, §124).

Les tribunaux arbitraux saisis de la question ont toutefois précisé que, même avérée, toute violation contractuelle ne saurait être assimilée à une expropriation. Comme l'a justement observé la sentence *Waste Management c. Mexique* du 30 avril 2004 :

« It is one thing to expropriate a right under a contract and another to fail to comply with the contract. Non-compliance by a government with contractual obligations is not the same thing as, or equivalent or tantamount to, an expropriation. » (cf. aff. CIRDI ARB (AF)/00/3, *Waste Management c. Mexique*, sentence du 30 avril 2004, § 175).

Dans sa décision sur la compétence du 12 juillet 2006, le présent Tribunal arbitral, examinant le consentement de l'Etat à la compétence du Centre, a du reste rappelé aux parties que « le consentement [des Etat parties à l'Accord bilatéral] 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 ». Le Tribunal a ajouté qu'il « ne suffit pas aux Demanderesses d'établir une violation du Contrat ; il faut en plus qu'elles démontrent que les faits qui sont allégués, s'ils devaient s'avérer, constitueraient simultanément une violation de l'Accord bilatéral et de la protection qu'il entend garantir. »

132. Le Tribunal arbitral observe que les termes de l'article 4.2 l'invitent à considérer comme mesure d'expropriation uniquement les mesures dont l'effet (qu'il soit direct ou indirect) est de déposséder ou de priver de leur propriété les nationaux et les personnes morales de l'autre Etat contractant. Autrement dit, si l'article 4.2 de l'Accord bilatéral prévoit explicitement l'expropriation indirecte, encore faut-il que les Demanderesses établissent

que la mesure incriminée a – fût-ce indirectement – bel et bien éliminé ou substantiellement affecté leur droit de propriété.

Ainsi que l'a relevé la sentence *Tecmed c. Mexique* du 29 mai 2003, une expropriation indirecte suppose que l'investisseur ait été « *radically deprived of the economical use and enjoyment of its investments, as if the rights related thereto – such as the income or benefits related to the [investments] had ceased to exist* » (cf. aff. CIRDI ARB (AF)/00/2, *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique*, sentence du 29 mai 2003, § 115 ; cf. également aff. CIRDI ARB/04/15, *Telenor Mobile Communications AS c. République de Hongrie*, sentence du 13 septembre 2006, *JDI 2007*, p. 298).

b) L'application

133. Il n'est pas nécessaire de revenir ici sur la question de l'imputabilité à l'Etat ; il a été démontré plus haut (cf. n° 113 à 114) que les actes exécutés par l'ANB sont en l'espèce imputables à l'Etat. Il convient dès lors d'examiner si la résiliation du Marché par l'ANB équivaut à une expropriation.

Pour cela, il convient d'examiner les dispositions sur lesquelles s'est fondé ou pourrait se fonder l'Etat algérien.

134. On peut distinguer trois sortes de dispositions.

- i) Les stipulations contractuelles, en particulier le cahier des prescriptions spéciales (pièce contractuelle n° 2) (Dem. pièce n° 4.1 = Déf. pièce n° 7) précise ceci en son article 1.09 :

« Le présent Marché pourra être résilié dans les cas prévus par les articles 97 et 98 du décret 91-434 du 09.11.1991 et par l'art. 37 alinéa 2 points A et B du C.C.A.G. ».

L'article 97 du Décret 91-434 prévoit ceci :

« En cas d'inexécution de ses obligations, le co-contractant est mis en demeure, par le service contractant, d'avoir à remplir ses engagements contractuels dans un délai déterminé.

Faute par le co-contractant de remédier à la carence qui lui est imputable dans le délai fixé par la mise en demeure prévue ci-dessus, le service contractant peut, unilatéralement, procéder à la résiliation du marché.

Le service contractant ne peut se voir opposer la résiliation du marché lors de la mise en œuvre, par ses soins, des clauses contractuelles de garanties, et des poursuites tendant à la réparation du préjudice qu'il a subi par la faute de son co-contractant.

Les mentions à porter dans la mise en demeure, ainsi que les délais de sa publication sous forme d'annonce légale, seront précisés par arrêté du ministre de l'économie. »

L'article 98 du Décret 91-434 prévoit ceci :

« Outre la résiliation unilatérale visée à l'article 97 ci-dessus, il peut être également procédé à la résiliation contractuelle du marché dans les conditions expressément prévues à cet effet.

En cas de résiliation d'un commun accord, d'un marché en cours d'exécution, le document de résiliation signé des deux parties, doit prévoir la reddition des comptes établis en fonction des travaux exécutés, des travaux restant à effectuer, et de la mise en œuvre, d'une manière générale, de l'ensemble des clauses du marché. »

L'article 37 a) et b) du Cahier des clauses administratives générales prévoit ceci (Déf. pièce n° 8) :

« a) le contrat est également résilié de plein droit sans indemnité, en cas de faillite, sauf à l'administration à accepter, dans l'éventualité où le syndic aurait été autorisé (sic) par le tribunal à continuer l'exploitation de l'industrie, les offres qui peuvent être faites par le dit syndic pour la continuation de l'entreprise.

En cas de règlement judiciaire, si l'entrepreneur n'est pas autorisé à continuer l'exploitation de son industrie.

b) en tout état de cause, les mesures conservatoires ou de sécurité dont l'urgence apparaît en attendant une décision définitive du tribunal, sont prises d'office par l'administration et mises à la charge de l'entrepreneur. »

- ii) La jurisprudence française, dont le droit algérien s'est inspiré, a statué ce qui suit en matière de contrat de droit administratif :

« La personne morale publique cocontractante est autorisée à résilier, à tout moment, un contrat administratif pour motif d'intérêt général, sous réserve, bien entendu, d'indemniser son co-contractant » (CE, 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, Rec. P. 246).

« Considérant qu'il appartient à l'autorité concédante, en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs et sous réserve des droits d'indemnisation du concessionnaire, de mettre fin avant son terme à un contrat de concession dès lors qu'il existe des motifs d'intérêt général justifiant, à la date à laquelle elle prend sa décision, que l'exploitation du service concédé doit être abandonnée ou établie sur des bases nouvelles ; qu'elle peut user de cette faculté alors même qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucune stipulation contractuelle, n'en ont organisé l'exercice (CE, 22 avril 1988, Société France 5 c/ Association des fournisseurs de la Cinq et autres, RDP 1988, p. 1436).

- iii) L'article 566 du Code civil algérien prévoit ceci :

« Le maître de l'ouvrage peut, à tout moment avant l'achèvement de l'ouvrage, dénoncer le contrat et en arrêter l'exécution, à condition de dédommager l'entrepreneur de toutes les dépenses qu'il a faites, des

travaux qu'il a accomplis et du gain qu'il aurait pu réaliser s'il avait terminé l'ouvrage.

Toutefois, le tribunal peut réduire le montant de la réparation dû à l'entrepreneur à raison du gain manqué, si les circonstances rendent cette réduction équitable. Il doit notamment en déduire ce que l'entrepreneur aurait économisé par suite de la dénonciation du contrat par le maître de l'ouvrage et ce qu'il aurait gagné par un emploi différent de son temps. »

Cette disposition donne au maître d'ouvrage un droit discrétionnaire de résilier un contrat d'entreprise à tout moment.

135. Il convient d'examiner si l'une de ces dispositions pouvait fonder le droit de l'ANB de résilier le contrat, à l'exception de l'article 37 du Cahier des clauses administratives générales qui ne s'applique pas en l'espèce.

- a) L'article 98 du Décret 91-434 : Il ressort du dossier que l'ANB a fait une proposition de résilier le Contrat à l'amiable. Une telle résiliation aurait correspondu à une « résiliation d'un commun accord » prévue par l'art. 98 du Décret (Dem. pièce n° 65). Cependant, les Demanderesses n'ont jamais accepté une telle résiliation. En conséquence, ce fondement doit être écarté.
- b) L'article 97 du Décret 91-434 : Il concerne la violation du Contrat par le cocontractant après mise en demeure. Cette disposition prévoit toutefois que le maître d'ouvrage mette le cocontractant en demeure pour une inexécution de ses obligations. Or, l'ANB n'a jamais mis le Groupement en demeure. Qui plus est, avant la résiliation du 27 juin 2001, la Défenderesse n'a jamais reproché à LESI une inexécution de ses obligations. En effet, dans sa lettre du 14 avril 2001, elle a déclaré résilier le Contrat pour force majeure (Dem. pièce n° 77 = Déf. pièce n° 25). Si l'ANB avait voulu utiliser l'article 97 du Décret 91-434 pour résilier le Marché de manière unilatérale, elle l'aurait fait sans respecter les obligations que lui impose cette disposition (l'article 1.09 du Cahier des prescriptions spéciales renvoyant au Décret). La seule violation d'une disposition contractuelle ne suffit pas toutefois à constituer une violation de l'Accord. En conséquence, ce fondement ne peut pas être retenu sous cet angle.
- c) L'article 566 du Code civil algérien : Cette disposition autorise le maître de l'ouvrage à résilier le contrat sans motif particulier, mais à condition qu'il indemnise l'entrepreneur. Il en découle que le droit qu'avaient les Demanderesses d'exécuter le Contrat ne constitue pas un droit de propriété absolu, puisqu'une résiliation unilatérale est possible. Le droit du Groupement était dès lors relatif et l'Etat algérien a utilisé un moyen légal afin de pouvoir relancer un nouvel appel d'offres. Selon ces principes, il suffirait dès lors que l'Etat algérien indemnise le Groupement. Le Tribunal arbitral examinera dès lors si la condition d'indemnisation est remplie en l'espèce.
- c) L'indemnisation

136. L'argument des Demanderesses selon lequel la résiliation serait illégale au motif de la non-indemnisation n'est pas convaincant. L'ANB a offert au Groupement une

indemnisation dans sa lettre du 14 avril 2001 lui annonçant la résiliation (Déf. pièce n° 126). Cette offre d'indemnisation a été confirmée à plusieurs reprises par la Défenderesse pendant les négociations (lettre du 27 juin 2001, Déf. pièce n° 129 ; procès-verbal de la réunion du 15 janvier 2002, Déf. pièce n° 135 ; procès-verbal du 4 mars 2002, Déf. pièce n° 138 ; lettre du 2 juin 2002, Déf. pièce n° 142).

L'ANB a demandé à ce que le Groupement transmette des documents justificatifs et explicatifs de sa réclamation afin de pouvoir l'étudier (lettre du 2 juin 2002, Déf. pièce n° 142 ; lettre du 10 juin 2002, Déf. pièce n° 143 ; procès-verbal du 3 août 2002, Déf. pièce n° 149 ; lettre du 22 octobre 2002, Déf. pièce n° 152). Pour pouvoir calculer l'indemnité, l'ANB a demandé au Groupement d'avoir accès à ses comptes (Déf. pièce n° 152). Or le Groupement a refusé que l'ANB procède elle-même à un tel audit (Déf. pièce n° 153).

Il ressort également des procès-verbaux des audiences que la Défenderesse « ne conteste pas la définition générale du préjudice éventuellement subi par LESI » (Transcript 27.11.07, p. 68 : 31). En effet, ce qu'elle conteste, c'est la méthode de calcul sur laquelle les Demanderesses se basent pour réclamer leur indemnisation. La promesse d'indemniser le Groupement pour la résiliation unilatérale justifie sa nature légale. En conséquence, le Tribunal arbitral constate que le principe d'indemnisation n'a jamais été contesté par la Défenderesse mais que des difficultés ont surgi quant aux modalités de paiement.

137. Les Demanderesses n'ont pas été radicalement dépossédées ou privées de l'usage et de la jouissance économique de leur investissement ou d'une part substantielle de celui-ci, comme si les droits qui y étaient attachés – tels que les revenus ou les bénéfices associés à leur investissement – avaient cessé d'exister. Il apparaît simplement que leur droit à une indemnité de résiliation dont le principe a été admis par les deux parties reste à déterminer quant à son quantum, en tenant compte notamment des procédures de résiliation et d'indemnisation prévues par le contrat et par le droit algérien applicable. Le Tribunal arbitral en conclut que la résiliation reprochée n'a pas eu pour effet de déposséder ou de priver les Demanderesses de leur propriété mais de faire naître un différend qu'il appartenait aux Parties de faire trancher conformément aux dispositions du contrat et au droit applicable par les tribunaux compétents.

Dès lors que les Demanderesses n'ont pas établi l'existence d'une expropriation directe ou indirecte au sens de l'article 4.2 de l'Accord bilatéral, il n'y a pas lieu d'examiner si les conditions de conformité de l'expropriation aux exigences de l'Accord bilatéral envisagées par l'article 4.3 de l'Accord sont réunies.

138. Le Tribunal arbitral constate ainsi que la Défenderesse n'a pas violé l'article 4.2 de l'Accord. En outre, comme constaté ci-dessus (cf. n° 136 et 137), le Tribunal arbitral prend acte du fait que la Défenderesse ne s'oppose aucunement au principe d'indemnisation mais que les Parties divergent quant à son quantum. Enfin, comme l'a observé la Défenderesse, une décision de résiliation ne peut être requalifiée en violation de l'article 4.2 de l'Accord à cause du délai prétendument excessif apporté au paiement de l'indemnité (Déf. 30.06.07 n° 4.2.3.1.3 et Transcript 27.11.07, p. 50 :34-37).

1.4 La conclusion

139. L'acte de résiliation de l'ANB du 27 juin 2001, qui est imputable à l'Etat algérien, ne correspond pas à une expropriation au sens de l'article 4.2 de l'Accord. Le Groupement n'a en effet pas été dépossédé d'un droit de propriété. A cela s'ajoute le fait que l'ANB ait promis à plusieurs reprises une indemnisation. L'absence d'accord entre l'ANB et le Groupement quant à son quantum ne constitue pas une violation de l'Accord.

Au vu de ce qui précède, le Tribunal décide :

La conclusion n° 1 des Demanderesses en ce qui concerne le grief d'expropriation est rejetée ;

La conclusion n° 1 de la Défenderesse en ce qui concerne le grief d'expropriation est admise.

2. La violation des obligations de traitement juste et équitable

2.1 Le problème

140. Selon les Demanderesses, l'Etat algérien a tenu un comportement contraire aux devoirs de bonne foi et de transparence durant son rapport avec l'investisseur. La Défenderesse est d'avis que les Demanderesses ont elles-mêmes manqué aux devoirs de bonne foi et de transparence.

C'est la raison pour laquelle les Demanderesses invitent le Tribunal arbitral à (Dem. 28.02.07, p. 88):

[Dem. 1] *« Déclarer la Défenderesse responsable pour violation de ses obligations internationales vis-à-vis des Demanderesses, ainsi que précisé ci-dessus » ;*

alors que dans son Contre-Mémoire en Réplique la Défenderesse a pris la conclusion suivante (Déf. 30.06.07, p. 103-105) :

[Déf. 1] *« L'ensemble des demandes seront rejetées en l'absence de violation du Traité, [l'Algérie en tant que telle n'étant pas impliquée dans le litige d'une part,] les faits incriminés ne constituant pas des actes illicites au sens du Traité d'autre part.*

2.2 La position des Parties

a) Pour les Demanderesses

141. La position des Demanderesses est en bref la suivante :

La Défenderesse aurait

- violé ses promesses et ses déclarations ;
- suscité les attentes sur la base desquelles le Groupement aurait fondé ses décisions concernant l'investissement ;

- manqué à son devoir de fournir toute mesure de sécurité ;
- tenu un comportement discriminatoire en indemnisant d'autres investisseurs pour les pertes subies à cause des arrêts de chantier provoqués par le manque de sécurité ; et
- agi intentionnellement et manifestement de mauvaise foi (Dem. 28.07.07 n° 174).

L'Etat algérien aurait toujours promis au Groupement qu'il aurait garanti des conditions de sécurité du chantier, du matériel et du personnel suffisantes à l'exécution des travaux (Dem. 31.10.05 n° 191= Dem. 28.02.07 n° 178-181). La Défenderesse aurait reconnu à plusieurs reprises que les forts retards dans l'exécution des travaux seraient uniquement imputables à la situation en Algérie et non pas au Groupement (Dem. 28.02.07 n° 180 = Dem. pièces n° 30 et 32).

142. Lorsque la Défenderesse avait décidé d'introduire la variante en BCR, elle aurait garanti au Groupement que le nouveau projet serait exécuté par lui dans le cadre du Marché. Ce serait sur la base de ces promesses que la Défenderesse aurait demandé au Groupement de procéder à l'étude de l'avant-projet à ses propres frais. L'ANB aurait confirmé à maintes reprises que l'approbation de l'Avenant n° 3 serait certaine et que l'ordre de service pour la reprise des travaux ne tarderait pas. Lorsque la Défenderesse aurait informé le Groupement du refus de la BAD de financer l'Avenant n° 3, elle aurait persisté à le rassurer que le nouveau projet lui aurait été assigné en lui demandant de se procurer un financement alternatif. La proposition du MCC aurait été rejetée sans la moindre justification (Dem. 31.10.05 n° 191= Dem. 28.02.07 n° 182-184). Sur la base des promesses faites par la Défenderesse au Groupement, ce dernier aurait complété l'installation de sécurité passive, effectué les travaux de manutention et d'amélioration nécessaires à préserver l'état des ouvrages déjà exécutés, finalisé les travaux mineurs déjà entamés et transporté le matériel importé du lieu d'entreposage situé en Italie (Dem. 28.02.07 n° 187).
143. La Défenderesse aurait fait preuve de mauvaise foi et de manque de transparence lors du lancement du nouvel appel d'offres sans avertir le Groupement qui serait toujours titulaire légitime du Marché. La Défenderesse aurait ensuite résilié le Marché en dehors de toute légalité et contraire à toutes ses promesses, avec une motivation manifestement capricieuse. La Défenderesse n'aurait pas tenu les promesses qu'elle aurait faites concernant son obligation de dédommager les Demanderesses pour la résiliation. (Dem. 31.10.05 n° 192-193).
144. L'Etat ne devrait ni porter atteinte aux attentes de l'investisseur, ni faire obstruction aux plans que l'investisseur aurait élaborés sur la base de ces attentes. Le comportement de la Défenderesse violerait les obligations de la Défenderesse de bonne foi, de transparence et de garantir un traitement juste et équitable au Groupement (Dem. 31.10.05 n° 196). L'Etat algérien aurait agi en mépris total des attentes des Demanderesses. Le comportement de la Défenderesse aurait été caractérisé par une mauvaise foi et un manque de transparence constant et malicieux puisque, derrière ses fausses assurances, l'Etat algérien aurait caché une conduite qui aurait porté à la perte de l'investissement de la part du Groupement (Dem. 28.02.07 n° 197). En résumé, le comportement de la Défenderesse aurait été arbitraire et injuste, caractérisé par un manque de transparence. Le Groupement aurait été en droit de faire confiance à l'Etat

algérien et de penser qu'il avait le droit de continuer la construction du barrage (Dem. 31.10.05 n° 208-209).

b) Pour la Défenderesse

145. La position de la Défenderesse est en bref la suivante :

Les Demanderesses se seraient d'emblée installées dans le mensonge et la dissimulation des faits vis-à-vis de l'ANB. Un exemple serait le fait que la société Dipenta aurait cessé d'exister le 30 juin 1999 déjà tandis que la Requête d'arbitrage du 3 février 2003 aurait été déposée par le consortium LESI-Dipenta (Déf. 24.03.06 n° 151).

146. La demande des Demanderesses serait irrecevable en l'absence de disposition de l'Accord obligeant l'Etat algérien à réserver un traitement juste et équitable aux investissements italiens :

- L'article 4.1 de l'Accord obligerait l'Etat algérien à faire bénéficier les investissements italiens « d'une protection et d'une sécurité constante, pleines et entières, excluant toute mesure injustifiée ou discriminatoire », mais non pas à assurer un traitement juste et équitable. Les Parties de l'Accord auraient volontairement écarté une disposition assurant un traitement juste et équitable (Déf. 30.06.07 n° 4.3.2.1).
- La clause de la nation la plus favorisée ne pourrait être invoquée par un investisseur que dans le cadre du dispositif de « promotion » des investissements, mais qu'en revanche, aucune disposition de l'Accord n'autoriserait un investisseur à se prévaloir de la clause dans le cadre du dispositif de « protection » des investissements (Déf. 30.06.07 n° 4.3.2.2).
- Les Demanderesses ne pourraient invoquer le traitement juste et équitable par le biais du droit international général puisque le Tribunal arbitral ne serait compétent de statuer que sur des actes susceptibles de constituer des violations de l'Accord (Déf. 30.06.07 n° 4.3.2.3).

147. Subsidiairement, la réclamation des Demanderesses constituerait un « contract claim » et non pas un « treaty claim ». Le non-respect des prétendues promesses de mise en sécurité du site, de signature de l'Avenant n° 3 et de paiement d'une indemnité ne pourrait constituer qu'un manquement d'ordre contractuel. Les Demanderesses n'auraient apporté aucune preuve que l'Etat algérien aurait pris des mesures pour contrarier la sécurité du site du barrage ou pour empêcher la signature de l'Avenant n° 3 ou fixer l'indemnité à LESI (Déf. 30.06.07 n° 4.3.3).

148. Très subsidiairement, le Gouvernement algérien ou l'ANB n'auraient jamais fait une promesse de sécurité. Les Demanderesses n'apporteraient non plus aucune preuve indiquant à quel moment l'ANB ou le Ministère des Eaux aurait été défaillant dans l'exécution de leur promesse de sécurité (Déf. 24.03.06 n° 155 = Déf. 30.06.07 n° 4.3.4.2). La Défenderesse aurait averti le Groupement que l'entrée en vigueur de l'Avenant n° 3 serait aléatoire et resterait subordonnée à l'émission d'un avis de non objection par la BAD. Les lettres de l'ANB à cet égard auraient toujours contenu une réserve relative à l'Avenant n° 3 (Déf. 24.03.06 n° 156-159 = Déf. 30.06.07 n° 4.3.4.3).

2.3 La position du Tribunal arbitral

a) Les fondements

149. Les articles 4.1 et 4.2 de l'Accord bilatéral prévoient, dans le chapitre intitulé « Protection des investissements », que :

« Les investissements effectués par des nationaux ou personnes morales de l'un des Etats contractants, bénéficient 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 réserve des mesures nécessaires au maintien de l'ordre public. »

« Chacun des Etat contractants ne prend pas (sic) de mesures d'expropriation, de nationalisation, de réquisition ou toutes autres mesures dont l'effet est de déposséder ou priver de la propriété, directement, ou indirectement les nationaux et les personnes morales de l'autre Etat contractant. »

150. Le Tribunal arbitral constate que l'Accord bilatéral entre l'Algérie et l'Italie ne contient aucune clause spécifique relative à l'obligation de traitement juste et équitable des investisseurs de l'autre Etat.

Il rappelle toutefois que l'Accord bilatéral contient en son article 3.1 une clause de la nation la plus favorisée formulée comme suit :

« Chacun des Etats contractants accorde sur son territoire, aux investissements et aux revenus afférents des nationaux et des personnes morales de l'autre Etat contractant, un traitement non moins favorable que celui réservé aux investissements et aux revenus y relatifs de ses propres nationaux ou personnes morales ou de ceux de pays tiers bénéficiant de la clause de la nation la plus favorisée, si celui-ci est le plus avantageux. » (souligné par nous)

Bien qu'elle figure dans le Chapitre II de l'Accord intitulé « Promotion des investissements », la clause de la nation la plus favorisée a, tant par son esprit que par sa lettre, vocation à s'étendre à tous les aspects du « traitement » des investissements étrangers, qu'il s'agisse de leur promotion ou de leur protection. Le Tribunal arbitral, qui n'est pas lié par les titres donnés aux sections de l'Accord bilatéral dont il a à connaître, mais seulement par l'intention commune réelle des Etats contractants, estime qu'il serait contraire à cette intention de restreindre l'application de la clause de la nation la plus favorisée, interprétée à la lumière de l'objet et du but du traité, à la promotion des investissements, en ajoutant à la clause une distinction qu'elle ne contient pas.

L'application de la clause de la nation la plus favorisée a pour effet de faire bénéficier les Demanderesses du traitement juste et équitable expressément garanti par les traités bilatéraux d'investissement plus favorables conclus par l'Algérie et notamment par l'article 3.1 de l'Accord entre l'Union Belgo-Luxembourgeoise et l'Algérie du 24 avril 1991 qui prévoit que :

« Tous les investissements, directs ou indirects, effectués par des investisseurs de l'une des Parties contractantes, jouissent, sur le territoire de l'autre Partie contractante, d'un traitement juste et équitable ».

151. Les Etats qui comme l'Algérie et l'Italie déclarent, dans le préambule de l'Accord bilatéral du 18 mai 1991, être « [d]ésireux [...] de créer les conditions favorables pour les investissements de la part des personnes physiques ou morales d'un Etat contractant sur le territoire de l'autre Etat contractant » (souligné par nous), et qui ont stipulé dans leur Accord bilatéral une clause de la nation la plus favorisée ne sauraient invoquer l'absence de clause spécifique dans l'accord qui les lie pour échapper à l'obligation de traitement juste et équitable qui leur incombe par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée.

La sentence *Tecmed c. Mexique* du 29 mai 2003 a justement rappelé le contenu de l'obligation résultant, pour un Etat, de l'engagement de réserver aux investisseurs un traitement juste et équitable :

« [It] requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations [...] The foreign investor also expects the host State to act consistently, i.e. without arbitrarily revoking any pre-existing decisions or permits issued by the State that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and launch its commercial and business activities. » (cf. aff. CIRDI ARB (AF)/00/2, *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique*, sentence du 29 mai 2003, § 154. Sur l'ensemble de la question, cf. par ex. I. Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, New York, 2008).

Une telle formule ne saurait cependant être comprise comme la reconnaissance d'une notion de traitement juste et équitable dépendant exclusivement de la subjectivité des investisseurs. Comme l'a rappelé le Comité *ad hoc* constitué dans l'affaire *MTD c. Chili* dans sa décision du 21 mars 2007, l'obligation de traitement juste et équitable résulte davantage de l'engagement de l'Etat pris dans le traité bilatéral applicable que de l'attente subjective des investisseurs (cf. aff. CIRDI ARB/01/7, *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. c. Chili*, décision du Comité *ad hoc* du 21 mars 2007, *JDI 2008*, p. 326). La sentence *Tecmed*, dont la formule se traduit aisément en termes objectifs, contribue cependant à expliciter le contenu de l'obligation de traitement juste et équitable. Le présent Tribunal arbitral considère que cette obligation signifie que l'Etat doit agir de manière cohérente, dénuée d'ambiguïté, transparente, qu'il doit maintenir un environnement suffisamment stable pour permettre à un investisseur raisonnablement diligent d'adopter une stratégie commerciale et la mettre en œuvre dans la durée, et qu'il doit agir de façon non arbitraire ou discriminatoire et sans détournement de pouvoir et dans le respect de ses engagements (cf. également en ce sens les observations d'E. Gaillard sous la décision du Comité *ad hoc* du 21 mars 2007 dans l'affaire *MTD c. Chili*, *JDI 2008*, p. 333).

b) Le traitement juste et équitable

152. Les Demanderesses invoquent le grief du traitement juste et équitable en relation avec plusieurs faits, à savoir la sécurité, le changement du mode de construction et l'élaboration de l'Avenant n° 3, le refus de la proposition du MCC, le lancement du nouvel appel d'offres et l'indemnisation. Le Tribunal arbitral examinera ci-dessous chacun de ces éléments.

i. La sécurité

153. Les Demanderesses invoquent d'abord la question de la sécurité en relation avec le traitement juste et équitable. Compte tenu du fait que cette question fait l'objet d'un grief indépendant (cf. ci-dessous n° 173 à 182), le Tribunal arbitral se bornera de relever ce qui suit :

L'obligation de sécurité est une obligation de moyens et non pas une obligation de résultat garantissant à l'investisseur que jamais rien n'arriverait à son investissement (cf. aff. CIRDI ARB/87/3, *Asian Agricultural Products Limited c. Sri Lanka*, sentence du 27 juin 1990, §50). L'obligation de sécurité implique dès lors que l'Etat d'accueil fasse tout ce qui est dans son pouvoir pour éviter qu'un dommage ne soit infligé aux investissements.

154. En l'espèce, il convient de préciser ce qui suit :

- Il régnait un état d'insécurité générale dans l'Etat algérien avant la soumission et lors de la signature du Marché en décembre 1993 ; cet état était connu du Groupement (Transcript 5.11.07, p. 11 : 29 ; 6.11.07, p. 10) ;
- L'Etat algérien avait pris des mesures de sécurité ; au mois d'avril 1996, la sécurité active avait été mise en place (Transcript 5.11.07, p. 13 : 41) ;
- Les Demanderesses n'ont pas clairement reproché à l'ANB de ne pas faire d'efforts suffisants pour assurer la sécurité du Groupement (Transcript, 6.11.07, p. 14). De même, elles n'ont pas prouvé que les autres chantiers bénéficiaient d'une protection plus grande que celle accordée au Groupement (Transcript 6.11.07, pp. 15 et 32).

Sur la base de ce qui précède, le Tribunal arbitral ne constate pas de violation de l'Accord, ni du principe tiré du droit international. La sécurité offerte au Groupement a été en proportion de ce qui était dans le pouvoir algérien de faire. De même, il n'a pas été prouvé par les Demanderesses que leur chantier bénéficiait d'un traitement discriminatoire par rapport aux autres chantiers en Algérie. Enfin, les décisions prises par l'Etat algérien en matière de sécurité ne sont pas arbitraires.

En conséquence, le traitement juste et équitable en matière de sécurité n'a pas été violé.

ii. Le changement du mode de construction et l'élaboration de l'Avenant n° 3

Quant au changement du mode de construction et à l'élaboration de l'Avenant n° 3, le Tribunal arbitral constate d'abord que le premier élément a été favorablement accueilli par les Demanderesses : celles-ci ont été « d'accord sur les avantages que l'on pouvait retirer de cette solution » (Transcript 5.11.07, p. 51 : 33). Suite au changement du mode,

il eût été nécessaire qu'un avenant au Contrat soit adopté. L'Avenant n° 3 a dès lors été élaboré par le Groupement lui-même (Déf. pièce n° 75).

155. Or, il ressort du dossier que l'ANB n'a jamais donné de garanties à ce sujet, mais qu'elle a au contraire explicitement averti le Groupement de l'aléa lié au consentement de la BAD : dans la lettre de l'ANB au Groupement du 24 juin 1998 (Déf. pièce n° 76) et dans la lettre de l'ANB au Groupement du 11 août 1999 (Déf. pièce n° 96).

En conséquence, le Groupement invoque à tort une promesse qui aurait été faite par l'ANB. Les deux Parties étaient donc conscientes de la condition financière. A cet égard, l'ANB a agi de manière transparente. Aucun comportement arbitraire ne peut lui être reproché.

156. Cette conclusion est corroborée par l'attitude de l'ANB qui ne s'attendait pas à un refus de la part de la BAD. Au contraire, il ressort des débats que l'ANB ne s'imaginait pas que la BAD allait rejeter l'Avenant n° 3 (Transcript 6.11.07, p. 44). Si le maître d'ouvrage a été aussi surpris que l'entrepreneur de la décision de la BAD, il ne s'agit point d'un comportement arbitraire du premier.

En conséquence, le traitement juste et équitable n'a pas été violé lors du changement du mode de construction et lors de l'élaboration de l'Avenant n° 3.

iii. Le refus de la proposition du MCC

157. Le refus de la BAD d'adopter l'Avenant n° 3 sans lancer un nouvel appel d'offres était inattendu pour les deux Parties (Transcript 6.11.07, p. 44). Afin de continuer la collaboration avec le Groupement, l'ANB lui a proposé qu'il trouve lui-même un financement alternatif afin de poursuivre le Marché en signant un avenant (Déf. pièces n° 96 et 99). Le Groupement a dès lors pris contact avec le MCC qui lui a soumis une proposition de financement. La proposition du MCC, transmis par le Groupement à l'ANB le 16 octobre 1999 (Déf. pièce n° 100) a été étudiée par le Ministère des Finances algérien.

158. Lors de la réunion des deux Parties le 12 février 2000, l'ANB a non seulement relevé que le prêt de la BAD était plus avantageux pour la Partie algérienne, mais également soutenu que la « mise en question du prêt du Medio Credito se fera une fois le prêt BAD acquis » (Dem. pièce n° 65). Le refus explicite a été communiqué par l'ANB au Groupement par lettre du 18 juillet 2000 (Déf. pièce n° 108). Il est exact qu'un certain temps s'est écoulé entre la comparaison faite des deux offres par le Ministère – le 16 octobre 1999 – et l'annonce au Groupement du refus – le 18 juillet 2000. Toutefois, l'écoulement de neuf mois avant d'annoncer le refus définitif de la proposition d'un financement alternatif ne constitue pas un comportement arbitraire. Il n'est pas choquant de la part de l'ANB de garder toute possibilité de financement ouverte jusqu'à ce qu'une solution soit définitivement arrêtée. En conséquence, la Défenderesse n'a pas violé le traitement juste et équitable par son refus de la proposition du MCC.

iv. Le lancement du nouvel appel d'offres

159. Le Groupement considère qu'il y a eu un traitement inéquitable du fait que la BAD a exigé le lancement d'un nouvel appel d'offres. Or, il ressort du dossier que l'ANB a agi à cet égard de manière transparente et sans arbitraire :

- Lors de la réunion du 12 février 2000, suite à l'annonce du nouvel appel d'offres, l'ANB a encouragé LESI à déposer une nouvelle offre. L'ANB a en effet affirmé que « *le Groupement Lesi Dipenta aurait des chances de présenter une offre plus (sic) meilleure que celles des autres, du moment que la base de vie est déjà réalisée et que certains travaux relatifs aux sondages sont faits.* » (Déf. pièce n° 105). Cette affirmation a été répétée lors de la réunion du 25 juin 2000 (Déf. pièce n° 106) ;
- Suite à la publication de l'avis de présélection nationale (Déf. pièce n° 19) publié le 15 août 2000, l'ANB a invité le Groupement à retirer le dossier de préqualification en vue de sa participation à la réalisation du barrage en BCR (Déf. pièce n° 110).
- L'ANB a motivé le lancement d'un nouvel appel d'offres par la réduction des délais de redémarrage des travaux. Elle a également assuré que la participation du Groupement à l'avis de préqualification n'aurait en aucun cas été considérée comme une acceptation implicite d'un accord de résiliation (Déf. pièce n° 115) ;
- La lettre du 14 avril 2001 annonçant la résiliation unilatérale du Contrat démontre que l'ANB s'étonne de l'absence de soumission de la part du Groupement (Déf. pièce n° 126).

160. L'ANB a donc été contrainte de lancer un nouvel appel d'offres sous la pression de la BAD et elle a, sans tarder, annoncé cette nouvelle procédure au Groupement. Il ressort du dossier qu'il aurait été loisible au Groupement de participer au nouvel appel d'offres, en particulier compte tenu de l'expérience qu'il avait acquise sur le site et des travaux déjà achevés. L'assurance de la part de la Défenderesse de ne pas assimiler une participation au nouvel appel d'offres à une acceptation implicite de la résiliation démontre également que la Défenderesse a agi de manière transparente et sans arbitraire. Le traitement juste et équitable n'est pas violé en rapport avec le lancement du nouvel appel d'offres.

v. L'indemnisation

161. Le principe a déjà été traité plus haut (cf n° 136 ss). Il convient d'examiner maintenant si la lenteur relative à traiter la demande d'indemnisation peut constituer une violation du traitement juste et équitable de l'investisseur.

162. On rappelle que l'ANB a offert au Groupement une indemnisation dans sa lettre du 14 avril 2001 lui annonçant la résiliation (Déf. pièce n° 126). Cette offre d'indemnisation a été confirmée à plusieurs reprises par la Défenderesse durant les négociations (Procès-verbal de la réunion du 15 janvier 2002, Déf. pièce n° 135 ; procès-verbal du 4 mars 2002, Déf. pièce n° 138 ; lettre du 2 juin 2002, Déf. pièce n° 142). Même si celles-ci ont duré presque deux ans avant que les Demanderesses ne déposent une requête d'arbitrage, les Demanderesses n'apportent pas de preuve qui démontrerait un comportement arbitraire de l'ANB qui aurait pu retarder le versement de l'indemnisation.

Au contraire, l'ANB a demandé que le Groupement transmette des documents justificatifs et explicatifs de sa réclamation afin de pouvoir l'étudier (lettre du 2 juin 2002, Déf. pièce n° 142 ; lettre du 10 juin 2002, Déf. pièce n° 143 ; procès-verbal du 3

août 2002, Déf. pièce n° 149 ; lettre du 22 octobre 2002, Déf. pièce n° 152). Afin de calculer l'indemnité, l'ANB a demandé au Groupement de pouvoir accéder à ses comptes (Déf. pièce n° 152). Le Groupement a refusé que l'ANB procède elle-même à un tel audit (Déf. pièce n° 153).

163. Il ressort de l'ensemble de ces éléments que le temps écoulé entre la première offre d'indemnisation du 14 avril 2001 et la première requête d'arbitrage du 3 février 2003 est justifié pour les motifs suivants :

- Les divergences quant aux frais généraux et ceux d'immobilisation entre les deux Parties sont importantes et seule une expertise pourrait établir les montants exacts de ces postes d'indemnisation ;
- Compte tenu des calculs sur le poste d'indemnisation « manque à gagner », fondé sur l'article 566 du Code civil algérien, qui suppose un certain regard dans les comptes de l'investisseur, l'ANB était en droit de demander une expertise des comptes du Groupement ;
- En réponse à la demande d'audit de la part de la Défenderesse, les Demanderesses ont précisé qu'elles n'étaient pas « [...] *hostiles à un audit des comptes du projet. Il pourrait d'ailleurs s'étendre à la détermination de l'indemnisation relative au manque à gagner. [...]* » (Déf. pièce n° 153 p. 2). Toutefois, en date du 25 octobre 2002, les Demanderesses ont exigé que des auditeurs soient des professionnels internationalement réputés et d'une impartialité reconnue. Selon les Demanderesses, il est exclu que l'ANB procède elle-même à l'audit de leurs comptes (Déf. pièce n° 153, p. 3).
- Lors de la réunion du 27 novembre 2002, le Directeur de l'ANB a réitéré sa demande de permettre à une équipe agréée par les deux Parties l'accès aux comptes du Groupement afin d'estimer les postes d'indemnisation (Déf. pièce n° 154). Le 12 décembre 2002, le Groupement a répondu que « [...] *nous ne sommes pas non plus rassurés par les demandes réitérées de l'ANB de lui ouvrir les comptes du Groupement, car nous craignons qu'elles ne visent qu'à gagner du temps* » (Déf. pièce n° 155). L'ANB a de nouveau constaté dans sa lettre du 15 janvier 2003 que « [...] *la seule démarche constructive [...] est un audit des comptes du projet* » (Déf. pièce n° 156). Les Demanderesses ont répondu par le dépôt de la requête d'arbitrage le 3 février 2003.

En conséquence, l'ANB a en partie contribué au temps qui a été nécessaire à la détermination de l'indemnité. Toutefois, ses demandes justifiées de pouvoir disposer des pièces justificatives et d'effectuer un audit des comptes du Groupement n'équivalent pas à un comportement qui constituerait une violation du traitement juste et équitable. En outre, le fait que le Groupement ait changé d'avis à l'égard de ces demandes ne peut être mis à la charge de l'Etat.

2.4 La conclusion

164. L'Etat algérien, par l'intermédiaire de l'ANB, a agi de manière transparente et non-discriminatoire lorsque le Groupement s'est heurté notamment aux problèmes de sécurité, de résiliation du Contrat, de l'offre du MCC et du lancement du nouvel appel d'offres. S'il est exact que l'offre d'indemnisation ne s'est pas concrétisée depuis la

lettre du 14 avril 2001, la lenteur n'équivaut pas en l'espèce à une violation du traitement juste et équitable.

Au vu de ce qui précède, le Tribunal décide ce qui suit:

La conclusion n° 1 des Demanderesses en ce qui concerne le grief de traitement juste et équitable est rejetée ;

La conclusion n° 1 de la Défenderesse en ce qui concerne le grief de traitement juste et équitable est admise.

3. La violation du devoir de protection et sécurité de l'investissement

3.1 Le problème

165. Selon les Demanderesses, l'exécution du Marché aurait sérieusement été entravée dès le début des travaux à cause des problèmes de sécurité dans la région du site ; l'action de l'Etat algérien a toujours été insuffisante. La Défenderesse admet que l'exécution du Marché a été entravée à cause des problèmes de sécurité dans la région du site, mais elle affirme avoir pris des mesures suffisantes.

C'est la raison pour laquelle les Demanderesses invitent le Tribunal arbitral à (Dem. 28.02.07, p. 88):

[Dem. 1] « *Déclarer la Défenderesse responsable pour violation de ses obligations internationales vis-à-vis des Demanderesses, ainsi que précisé ci-dessus* » ;

alors que dans son Contre-Mémoire en Réplique la Défenderesse a pris la conclusion suivante (Déf. 30.06.07, p. 103-105) :

[Déf. 1] « *L'ensemble des demandes seront rejetées en l'absence de violation du Traité, [l'Algérie en tant que telle n'étant pas impliquée dans le litige d'une part,] les faits incriminés ne constituant pas des actes illicites au sens du Traité d'autre part.*

3.2 La position des Parties

a) Pour les Demanderesses

166. La position des Demanderesses est en bref la suivante :

L'incapacité, voire la négligence, de l'Etat algérien de faire face aux problèmes de sécurité dans la région du site aurait été la cause de l'impossibilité pour le Groupement d'exécuter le Marché.

167. La Défenderesse tenterait d'éviter toute responsabilité en invoquant une circulaire adoptée par le Président de la République en 1996 ayant pour objet la détermination des modes de finances des mesures d'urgences et de protection des infrastructures hydrauliques, des travaux publics et des postes et télécommunications, circulaire qui ne

serait par ailleurs pas connue du Groupement. L'adoption de cette circulaire serait disproportionnée par rapport à la nature et à la portée des dangers dans la région du site : de multiples attentats terroristes contre la population et les ouvrages dans les environs du chantier de Koudiat, intrusion nocturnes et actes de vandalisme des sous-traitants du Groupement, route barrée et l'obligation d'exécuter chaque visite sur le chantier par les représentants du Groupement par escorte depuis Alger, moyennant des voitures blindées (Dem. 28.02.07 n° 208-210).

Le système de sécurité aurait été défaillant et jusqu'en 1998, l'ANB aurait refusé d'accepter les projets présentés par le Groupement d'un système de sécurité passive très sophistiqué (Dem. 28.02.07 n° 212-215).

168. Le comportement de la Défenderesse constituerait une violation des obligations internationales de l'Etat algérien (Dem. 31.10.05 n° 211). L'article 4.1 de l'Accord mettrait à la charge de l'Etat l'adoption de toute mesure de sécurité nécessaire afin de mettre l'investisseur à l'abri des interférences ou perturbations pouvant empêcher la gestion et la jouissance de son investissement (Dem. 31.10.05 n° 212).

La jurisprudence CIRDI aurait reconnu qu'en droit international le devoir de protection à la charge d'un Etat comporterait un devoir de « due diligence », à savoir de prendre des mesures de prévention. Elle aurait également considéré qu'un Etat d'accueil serait responsable pour violation de son devoir d'accorder protection et sécurité à un investissement étranger même en l'absence de menace ou dommages physiques, ou dégâts matériels, liés à l'investissement (Dem. 28.02.07 n° 221-226). La Défenderesse aurait été totalement incapable de prendre des mesures de prévention et elle n'aurait dès lors pas agi avec « due diligence ». La Défenderesse aurait même violé l'interdiction de discrimination puisqu'elle aurait indemnisé un autre investisseur pour les arrêts de travaux du barrage de Taksebt causés par des problèmes de sécurité similaire (Dem. 28.02.07 n° 227-229).

b) Pour la Défenderesse

169. La position de la Défenderesse est en bref la suivante :

La situation du chantier aurait évolué dans un sens favorable au fur et à mesure que les différents intervenants algériens auraient appris à combattre un nouveau type de violence, ce qui a été affirmé par les Demanderesses elles-mêmes (Déf. 30.06.07 n° 4.4.2.1).

Les documents versés au débat par la Défenderesse révéleraient en outre qu'à l'époque des faits LESI n'aurait jamais reproché à l'ANB une passivité, que l'ANB aurait sollicité en 1997 et obtenu en 1998 la création d'un cantonnement militaire spécial permanent sur le site même du barrage, que l'Etat algérien aurait consenti un effort financier important pour assurer la sécurité des grands ouvrages de génie civil - démontré par l'instruction n° 54 -, et qu'il y aurait eu une intervention autoritaire du Gouvernement italien dans la fixation des mesures propres à assurer la sécurité des Italiens travaillant en Algérie (Déf. 30.06.07 n° 4.4.2.2).

170. La demande serait irrecevable faute pour les Demanderesses d'invoquer une violation quelconque de la seule disposition de l'Accord applicable à la situation dans laquelle l'Algérie se serait trouvée à l'époque des faits, à savoir l'article 4.5.

Lors de la paralysie du chantier, entre 1994 et 2001, l'Etat algérien se serait trouvé dans une, voire plusieurs, situations décrites par l'article 4.5 de l'Accord, à savoir « conflit armé », « état d'urgence national », et/ou « révolte ». Les Demanderesses seraient incapables d'établir que l'Etat algérien aurait, dans cette situation, accordé à LESI un traitement moins favorable que les autres victimes du conflit, qu'il s'agisse des Algériens eux-mêmes ou des ressortissants des nations les plus favorisées (Déf. 30.06.07 n° 4.4.3.1). L'application de l'article 4.5 de l'Accord, étant une règle plus spécifique, exclurait toute application de l'article 4.1 de l'Accord, règle plus générale (Déf. 30.06.07 n° 4.4.3.3).

171. Subsidiairement, la demande serait mal fondée car l'ANB aurait fait tout ce qui relevait de son devoir et était en son pouvoir pour assurer la protection et la sécurité des intérêts des Demanderesses. Celles-ci auraient manqué d'apporter la preuve des prétendus problèmes de sécurité et du prétendu degré de sécurité jugé insuffisant (Déf. 24.03.06 n° 171 = Déf. 30.06.07 n° 4.4.4.1).

L'article 4.1 de l'Accord obligerait l'Etat algérien à ne pas prendre de mesure « injustifiée ou discriminatoire » au détriment de l'investisseur. L'Etat algérien ne devrait pas à l'investisseur une protection plus grande qu'à ses propres ressortissants ou à d'autres étrangers (Déf. 30.06.07 n° 4.4.4.2). Selon la jurisprudence relative à l'obligation de « due diligence », l'Etat algérien serait tenu d'une obligation de moyens, pas de résultat. Enfin, l'obligation de protéger les investissements cède devant les nécessités du maintien de l'ordre dans l'Etat d'accueil (Déf. 30.06.07 n° 4.4.4.2).

172. En l'espèce, le comportement de l'ANB envers les Demanderesses aurait été irréprochable. L'argument des Demanderesses reposerait sur une déclaration vague d'un témoin, sans donner des précisions sur les chantiers auxquels il est fait référence, de sorte que sa déclaration serait invérifiable. En outre, les Demanderesses n'apporteraient aucune preuve que d'autres entreprises auraient bénéficié d'une meilleure protection qu'elles. Au contraire, la Défenderesse aurait fourni des efforts raisonnables, autrement dit adaptés à ses moyens, pour remédier à la situation. Enfin, l'ordre public aurait été ébranlé dans toute l'Algérie à l'époque des faits, ce qui justifierait de lever le devoir de protection et de sécurité en conformité avec l'Accord (Déf. 30.06.07 n° 4.4.4.3).

3.3 La position du Tribunal arbitral

a) Les fondements

173. L'article 4.1 de l'Accord prévoit ceci :

« Les investissements effectués par des nationaux ou personnes morales de l'un des Etats contractants, bénéficient 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 réserve des mesures nécessaires au maintien de l'ordre public. »

L'article 4.5 de l'Accord précise ceci :

« Les nationaux ou personnes morales de l'un des Etats contractants dont les investissements auront subi des pertes dues à la guerre ou à tout autre conflit armé,

révolution, état d'urgence national ou révolte survenus sur le territoire de l'autre Etat contractant, bénéficient, de la part de ce dernier, d'un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres nationaux ou personnes morales ou à ceux de la nation la plus favorisée. »

174. Le Tribunal arbitral observe que les termes de l'article 4.1 de l'Accord bilatéral garantissent aux investissements un niveau de protection et de sécurité « *constantes, pleines, et entières* » supérieur et difficilement compatible avec celui résultant de la simple obligation de « *traitement non moins favorable que celui accordé [par l'Etat contractant] à ses propres nationaux ou personnes morales ou à ceux de la nation la plus favorisée* » visée par l'article 4.5. Le Tribunal arbitral estime que les articles 4.1 et 4.5 de l'Accord bilatéral, prévoyant des niveaux de protection des investissements différents, ne peuvent être appliqués cumulativement. Tant la structure interne de l'article 4 de l'Accord bilatéral que les termes qu'il emploie invitent le Tribunal arbitral à conclure que l'intention des Etats contractants lors de la conclusion de l'Accord bilatéral était de faire du cinquième et dernier paragraphe de l'article 4 une règle spéciale dérogeant à la règle générale du premier paragraphe afin de permettre aux Etats contractants d'être libérés de leur obligation de pleine et entière protection en cas de guerre ou autre conflit armé, de révolution, d'état d'urgence national ou de révolte.

Un tribunal arbitral constitué sous l'égide du CIRDI a pu connaître par le passé – dans des conditions de fait différentes et sur la base d'un autre traité bilatéral d'investissement – de la question de l'articulation d'une clause générale de protection pleine et entière et d'une clause spéciale en cas de troubles politiques prévues par un traité bilatéral d'investissement (cf. aff. CIRDI ARB/87/3, *Asian Agricultural Products Limited c. Sri Lanka*, sentence du 27 juin 1990, reproduite in E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pédone, Paris, 2004, p. 323). Le tribunal arbitral saisi de l'affaire *Asian Agricultural Products Limited c. Sri Lanka* avait estimé, à la majorité, que les dispositions du traité bilatéral entre le Sri Lanka et le Royaume Uni n'excluaient pas nécessairement l'application cumulative des standards prévus par ces deux clauses. Cette position a, cependant, fait l'objet d'une opinion dissidente de Samuel K. B. Asante estimant que les principes d'interprétation des traités et la règle *generalia specialibus non derogant* imposaient aux arbitres de faire prévaloir la clause spéciale relative aux obligations de l'Etat en cas de troubles politiques sur la clause générale de protection pleine et entière (aff. CIRDI ARB/87/3, *Asian Agricultural Products Limited c. Sri Lanka*, opinion dissidente de Samuel K. B. Asante du 15 juin 1990, reproduite in E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pédone, Paris, 2004, p. 332).

175. A la lecture des dispositions de l'Accord bilatéral entre l'Algérie et l'Italie, le présent Tribunal arbitral estime que, sauf à priver de sens et d'effet les dispositions spéciales de l'article 4.5 de l'Accord bilatéral, lorsque ses conditions d'application sont réunies, l'Etat contractant n'est pas tenu de garantir aux investisseurs de l'autre Etat une protection et une sécurité « *constantes, pleines, et entières* » qu'il lui serait impossible d'assurer mais simplement un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres nationaux ou à ceux de la nation la plus favorisée.

S'agissant d'une exception au principe général de pleine et entière protection, les cas d'ouverture limitativement visés par l'article 4.5, qui ont pour conséquence d'amoindrir substantiellement le niveau de protection de l'investisseur, doivent cependant être interprétés strictement. L'article 4.5 n'envisage que les cas suivants : la guerre ou tout

autre conflit armé, la révolution, l'état d'urgence national et la révolte survenus sur le territoire de l'Etat contractant.

b) L'application

176. En l'espèce, il ressort du dossier en général et des procès-verbaux des débats en particulier que l'Algérie a été marquée par la violence et les attaques dans la période qui va de 1993, date de la signature du Contrat, à 1998, donc après la décision de suspension des travaux :

- M. Napoli a confirmé aux débats que, pendant les négociations du contrat d'El Achir, il leur avait été possible d'assister à une « *recrudescence de la violence telle que cela a débouché sur un grave attentat dans la ville d'Alger, devant le poste de police. A l'époque, c'était le point crucial* » (Transcript, 05.11.07, p. 12 :9-11).
- M. Korichi a affirmé aux débats que les problèmes de sécurité consistaient notamment en des attentats, des destructions d'infrastructures, des détournements et des kidnappings. Il a en particulier rappelé qu'une vingtaine de jours avant la signature du Contrat, une dizaine d'étrangers croates avaient été assassinés sur un projet de l'ANB situé sur une Wilaya proche (Transcript 06.11.07, p. 10).
- M. Benai a confirmé que des incidents se sont produits sur le chantier du même projet : incidents de la patrouille, dégâts, vandalisme ou menaces (Transcript, 06.11.07, p. 33).
- Le Groupement a dû importer un véhicule spécial, blindé et avec plaque minéralogique algérienne, pour assurer la sécurité des expatriés pendant les déplacements sur le site (Dem. pièces n° 38 et 39).
- Pour pouvoir rejoindre le site, le sous-traitant devait toujours prévenir les Services de sécurité 48 heures à l'avance afin de leur permettre la prise en charge des ouvriers devant intervenir sur le site (Dem. pièce n° 40).
- Le Groupement a en particulier rapporté deux actes de violence à proximité du site du barrage : en date du 31 décembre 1996, « *une embuscade tendue aux éléments chargés de la protection de la région, s'est soldée malheureusement par la mort d'un certain nombre d'eux (sic)* » et en date du 12 janvier 1997, « *un accrochage a eu lieu aux alentours du chantier avec un conflit à feu qui a duré bien plus d'une heure* ». Le Groupement a précisé également que « *ces deux événements se sont passés sur la route menant vers Mâala, c'est à dire sur l'unique accès au projet actuellement praticable. De plus, certains ouvriers ont fait l'objet d'actes d'intimidations et d'insultes, et d'autres ont été malmenés sur le site. Tous ces derniers développements ont fait planer le spectre de l'insécurité et de la peur sur l'ensemble des intervenants sur le site, notamment sur les s/traitants et les ouvriers engagés dans l'exécution des travaux.* » (Dem. pièce n° 42).

177. Sur la base de ce qui précède, il ne semble pas contesté entre les Parties que, durant l'exécution du contrat, de violents combats armés opposaient les forces

gouvernementales algériennes et certains mouvements terroristes. Il n'est pas davantage contesté que ces combats affectaient à des degrés divers l'ensemble du territoire algérien et en particulier la région de Koudiat Acerdoune située dans la Wilaya de Bouira. Le Tribunal arbitral considère que les événements survenus sur le territoire de l'Etat de l'Algérie entrent, en raison de leur gravité et de leur persistance, dans les prévisions de l'article 4.5 de l'Accord bilatéral, visant les situations de conflit armé, d'état d'urgence national et de révolte. Il en conclut que l'Algérie n'était tenue de faire bénéficier les Demanderesses que d'un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres nationaux ou personnes morales ou à ceux de la nation la plus favorisée en application des termes de l'Accord bilatéral. Il ressort de l'ensemble de ces éléments que la sécurité en Algérie après la signature du Contrat était non seulement loin d'être assurée mais correspond également à une révolution. L'article 4.5 de l'Accord est donc applicable au cas d'espèce. Etant donné que cette disposition est une *lex specialis*, elle exclut toute application de l'article 4.1 de l'Accord. Il s'ensuit que la protection que la Défenderesse doit assurer à l'investisseur doit être équivalente à celle garantie aux nationaux.

178. En l'espèce, les Demanderesses reprochent à la Défenderesse de ne pas avoir pris les mesures de sécurité active et passive. Il convient donc d'examiner quelles mesures de sécurité ont effectivement été adoptées et dans quelle mesure elles ont été raisonnables eu égard à la protection offerte aux nationaux.

179. Il ressort du dossier que les mesures de sécurité suivantes ont été décidées et mises en œuvre après la signature du Contrat :

- Un mois après la signature du Contrat, en janvier 1994, une réunion avec les autorités locales a eu lieu pour discuter des problèmes de sécurité (Transcript 06.11.07, p. 10-11).
- Lorsque le Groupement et l'ANB visitaient le chantier, le contingent militaire ordinaire les escortait vers le site (Transcript 06.11.07, p. 14).
- L'ANB a pris contact avec une entreprise spécialisée dans le domaine de la sécurité passive, à savoir les responsables des militaires qui se trouvaient dans une caserne située à proximité du site. Les militaires occupaient une trentaine de logements et ils ont permis au Groupement d'en occuper une dizaine pour lui permettre de suivre les travaux d'installation de la base de vie, en toute sécurité (Transcript 06.11.07, p. 12-13 et Dem. pièce n° 24).
- L'ANB, par l'intermédiaire de M. le Wali de la Wilaya, a ensuite pris contact avec des « patriotes » ou GLD, pour créer une société de gardiennage. Ces « patriotes » ont accepté d'organiser la surveillance et la sécurité du chantier (Transcript 06.11.07, p. 13-14). Selon M. Korichi de l'ANB, il fallait suivre une procédure spécifique pour la création de cette garnison : « [i]l fallait d'abord recruter des gens, faire des enquêtes d'habilitation qui sont des enquêtes individuelles, armer la garnison aussi. Il fallait rechercher de l'armement qui était, dans le temps, très difficile à trouver. Il était certainement disponible dans les casernes, mais on ne pouvait pas le mettre aussi facilement entre les mains d'une garnison. C'est une petite armée, je vous le disais : 250 éléments. C'est pourquoi cela a pris un peu de temps. On n'avait pu finaliser cela qu'au début 1996. » (Transcript 06.11.07, p. 16). En outre, il fallait constituer un dossier, le transmettre au Ministère de la Défense

pour avoir un arrêté de création d'un dispositif de sécurité passive (DS) (Transcript, 06.11.07, p. 20).

- Lors de la réunion entre le Groupement et l'ANB du 1^{er} avril 1996, le Directeur de Réalisation des Projets Centre a informé le Groupement que « *l'Etat Major de la 1ère Région Militaire a donné son accord définitif de prendre en charge le volet sécuritaire du projet et que les travaux peuvent commencer.* » (Dem. pièce n° 39).

180. Les mesures mentionnées ont été entreprises afin de protéger le site et l'investisseur ; elles doivent donc être mises en relation avec celles que l'Etat fournit aux nationaux. A titre préliminaire, le Tribunal constate que l'ensemble du territoire national algérien connaissait à cette époque les mêmes problèmes de sécurité (Transcript 06.11.07, p. 10). Il convient ensuite de souligner que l'établissement par l'ANB d'un contingent de « patriotes » armés constitue, si ce n'est une mesure de protection allant au-delà de celle garantie aux nationaux, une mesure qui correspond amplement au traitement réservé à ceux-ci, et ce en application de l'article 4.5 de l'Accord. A cela s'ajoute que la région où le site est implanté présente des risques accrus, puisqu'il s'agit d'un endroit très isolé à proximité d'un petit hameau, dont l'accès est très difficile et pour lequel il faut créer des pistes. En d'autres termes, il s'agit d'un site vierge sur lequel il n'y a aucune infrastructure (Transcript 06.11.07, p. 10).

181. Au vu de l'argumentation qui précède, le Tribunal arbitral constate que la Défenderesse a pris des mesures de sécurité qui peuvent être considérées comme raisonnables et proportionnées compte tenu en premier lieu de la situation qui régnait dans le pays et, en deuxième lieu, de la spécificité de la région. Le traitement accordé au Groupement n'est pas moins élevé que celui accordé aux nationaux ou aux autres investisseurs placés dans la même situation et confrontés aux mêmes difficultés que celles qui régnaient dans la région de Wilaya de Bouira où se trouvait le chantier du barrage de Koudiat Acerdoune. Il s'ensuit que l'article 4.5 de l'Accord n'est pas violé.

3.4 La conclusion

182. Compte tenu de la situation sécuritaire qui régnait après la conclusion du Contrat dans l'Etat algérien, l'article 4.5 de l'Accord – *lex specialis* – est applicable. La Défenderesse, ayant pris plusieurs mesures de sécurité pour offrir une protection au Groupement, a rempli son obligation de moyens qui est de protéger l'investisseur par un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres nationaux. L'article 4.5 de l'Accord n'est pas violé.

Au vu de ce qui précède, le Tribunal décide ce qui suit:

La conclusion n° 1 des Demanderesses en ce qui concerne le grief du devoir de protection et sécurité de l'investissement est rejetée ;

La conclusion n° 1 de la Défenderesse en ce qui concerne le grief du devoir de protection et sécurité de l'investissement est admise.

D. La fixation et l'allocation des frais et dépens de l'arbitrage

1. Le problème

183. Selon les Demanderesses, les frais et honoraires de la présente procédure incombent à la Défenderesse. Cette dernière est d'avis que ce sont les Demanderesses qui doivent les supporter.

C'est la raison pour laquelle les Demanderesses invitent le Tribunal arbitral à (Dem. 28.02.07, p. 88):

[Dem. 3] *« Ordonner à la Défenderesse de payer l'intégralité des coûts et honoraires du Tribunal arbitral et de rembourser aux Demanderesses les frais de défense supportés ou à supporter en relation avec la présente procédure » ;*

alors que dans son Contre-Mémoire en Réplique la Défenderesse a pris les conclusions suivantes (Déf. 28.09.06, p. 32 et 30.06.07, p. 103-105) :

[Déf. 2] *« Les Demanderesses seront condamnées aux frais et honoraires d'arbitrage ainsi qu'au paiement d'une indemnité de procédure, laissée à la discrétion du Tribunal Arbitral, destinée à couvrir (sic) les frais exposés par l'Algérie pour assurer la défense de ses intérêts. »*

[Déf. 4] *« Les frais d'expertise seront avancés par les Demanderesses. Cette demande est justifiée non seulement par la qualité de demanderesse de Lesi et Astaldi, qui fait peser sur elles la charge de la preuve, mais aussi par la responsabilité que portent les Demanderesses dans l'impossibilité de parvenir à la fixation amiable d'une indemnité. L'Algérie rappelle qu'à plusieurs reprises Lesi a modifié en profondeur les méthodes de calcul servant de base aux évaluations soumises à l'ANB et qu'elle a majoré de façon massive et systématique le montant de ses réclamations (opération qu'elle a renouvelée au cours de la procédure d'arbitrage en produisant le rapport Pinchon). L'Algérie rappelle également que Lesi a refusé d'autoriser l'ANB à auditer ses comptes et même refusé la désignation conjointe d'un expert neutre, rendant le blocage définitif. L'équité veut que les Demanderesses supportent les conséquences de leur intransigeance ».*

2. La position des Parties

a) Pour les Demanderesses

184. Les frais et honoraires payés au mandataire des Demanderesses s'élèveraient à Euro 1.332.000,00. Leurs frais d'expertises (M. Pinchon, M. Farge et M. Munoz ainsi que le Prof. Spremann) s'élèveraient respectivement à Euro 385.000,00 et à Euro 90.000,00. Les frais de la préparation et l'assistance interne effectuées par le personnel du Groupement (tarif horaire) s'élèveraient à Euro 255.000,00. Les frais de voyage et hébergement des témoins et du représentant du Groupement (MM. Medioli, Napoli, De

Fanti et Puzone) s'élèveraient à Euro 65.000,00. Les avances faites par les Demanderesses au CIRDI s'élèvent à US\$ 239.000,00 ; montant auquel il convient d'ajouter la somme de US\$ 140.000,00 payée après les conclusions relatives aux frais de la procédure. Au total, les Demanderesses demandent au Tribunal arbitral de condamner les Défenderesses à prendre en charge ses propres frais et à rembourser les frais d'arbitrage encourus par les Demanderesses qui s'élèvent à Euro 2.127.000,00 et US\$ 379.000,00 (US\$ 239.000,00 + 140.000,00). Selon les Demanderesses, elles auraient pris en considération exclusivement les montants qu'elles auraient dépensés pendant la deuxième phase de l'arbitrage, soit à compter de février 2005. Selon elles, les frais de la première phase conclue par la sentence du janvier 2005 auraient été exclus. Selon les Demanderesses, le décompte de la Défenderesse inclurait aussi la période 2003-2004, soit la procédure antérieure à la sentence de janvier 2005.

b) Pour la Défenderesse

185. Les provisions versées par les Défenderesses au CIRDI s'élèvent à US\$ 135.000,00 ; montant auquel il convient d'ajouter la somme de US\$ 220.000,00 payée après les conclusions relatives aux frais de la procédure. Les honoraires de conseil versés au cabinet Falque & Associés s'élèveraient à Euro 531.520,15 et les honoraires de conseil versés à Me Chemloul et au Prof. Laraba s'élèveraient à DA 24.011.768,00. Les honoraires d'expert versés au cabinet Deloitte s'élèveraient à Euro 299.000,00. La Défenderesse sollicite la condamnation *in solidum* des Demanderesses au remboursement de la totalité des frais qu'elle aurait dû exposer pour assurer la défense de ses intérêts, soit US\$ 355.000,00 (US\$ 135.000,00 + 220.000,00), Euro 830.520 et DA 24.011.768. Selon la Défenderesse, ces frais ne concerneraient que la procédure ARB/05/3. Ils ne porteraient pas sur la procédure précédente introduite par le Consortium Lesi-Dipenta.

3. La position du Tribunal arbitral

186. Conformément à l'article 47 (1) du Règlement d'arbitrage CIRDI, la sentence « *contient : [...]j) toute décision du Tribunal au sujet des frais de procédure.* »

Le Tribunal arbitral bénéficie à cet égard d'une très large marge d'appréciation pour l'attribution des frais encourus par les Parties, et ce en application de l'article 61 alinéa 2 de la Convention.

En ce qui concerne la répartition des frais de la procédure, la Convention et les Règlements sont silencieux. Cependant, la pratique des tribunaux arbitraux est de partager les frais de procédure entre les parties, sauf lorsque le comportement d'une partie a causé une augmentation des frais (aff. CIRDI ARB/04/15, *Telenor Mobile Communications AS c. la République de Hongrie*, sentence du 13 septembre 2006, § 107).

Il n'y a aucun motif particulier en l'espèce pour se départir de cette pratique. Le Tribunal arbitral considère dès lors que, sur le principe, chaque Partie supportera ses propres frais de la procédure, à savoir les frais de partie et honoraires de conseil. En ce qui concerne les frais du CIRDI ainsi que les frais et honoraires des arbitres, ceux-ci seront également partagés par moitié entre les Parties.

4. La conclusion

187. Au vu de ce qui précède, le Tribunal décide :

La conclusion n° 3 des Demanderesses est partiellement admise en ce sens que les Parties supporteront leurs propres frais et honoraires de conseil ; les frais et honoraires des arbitres ainsi que les frais du CIRDI seront partagés par moitié entre les Parties ;

La conclusion n° 2 de la Défenderesse est partiellement admise en ce sens que les Parties supporteront leurs propres frais et honoraires de conseil ; les frais et honoraires des arbitres ainsi que les frais du CIRDI seront partagés par moitié entre les Parties.

E. Le dispositif

188. Sur la base de ce qui précède, le Tribunal arbitral :

1. Décide que la demande des Demanderesses est intégralement rejetée.
2. Prend acte du fait que la Défenderesse ne s'oppose pas au principe de l'indemnisation.
3. Décide que les Parties supporteront leurs propres frais et honoraires de conseil et que les frais et honoraires des arbitres ainsi que les frais du CIRDI seront partagés par moitié entre elles.

Pierre Tercier, Président :

/signé/

Date : 3.11.08

Bernard Hanotiau, Arbitre :

/signé/

Date : 4.11.08

Emmanuel Gaillard, Arbitre :

/signé/

Date : 3.11.08

TABLE DES MATIÈRES

En Fait	2
A. Les Parties	2
B. La chronologie générale	2
C. La première procédure arbitrale	11
D. La présente procédure arbitrale	12
En Droit	19
A. En général	19
1. La procédure arbitrale et la constitution du Tribunal arbitral	19
2. Les fondements de la procédure	20
3. Les conclusions des parties et le plan de la sentence	20
B. La responsabilité de l'Etat algérien au titre des actes de l'ANB	23
1. Le problème	23
2. La position des Parties	23
3. La position du Tribunal arbitral	25
4. La conclusion	32
C. Les violations alléguées de l'Accord bilatéral	32
1. L'expropriation de l'investissement sans indemnisation	32
1.1 Le problème	32
1.2 La position des Parties	33
1.3 La position du Tribunal arbitral	35
1.4 La conclusion	41
2. La violation des obligations de traitement juste et équitable	41
2.1 Le problème	41
2.2 La position des Parties	41
2.3 La position du Tribunal arbitral	44
2.4 La conclusion	49
3. La violation du devoir de protection et sécurité de l'investissement	50
3.1 Le problème	50
3.2 La position des Parties	50
3.3 La position du Tribunal arbitral	52
3.4 La conclusion	56
D. La fixation et l'allocation des frais et dépens de l'arbitrage	57
1. Le problème	57
2. La position des Parties	57
3. La position du Tribunal arbitral	58
4. La conclusion	59
E. Le dispositif	59