

## **DECISION**

Tribunal arbitral :

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

Secrétaire du Tribunal arbitral :

Madame Gabriela Alvarez-Avila

dans la procédure arbitrale  
qui oppose

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

Demanderesses

représentées par

Professeur Antonio Crivellaro 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

S.E.M. Abdelmalek Sellal, Ministre des Ressources en Eau, Ministère des Ressources en Eau, 3, rue du Caire, B.P : 86, Kouba, Alger, Algérie; tél. +213 21 28 30 00; fax : +213 21 28 11 18 ; et

assistée par

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

Maître Mohammed Chemloul et Professeur Ahmed Laraba, 33bis rue des Pins, Hydra-Alger, Bp 435 Hydra 16035 – Alger, Algérie ; tél. + 213 21 28 30 00 ; fax : +213 21 28 11 18.

Date de la Décision : 12 juillet 2006

# I. En Fait<sup>1</sup>

## 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 12 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

3. La chronologie qui suit est volontairement sommaire et a pour unique but de fixer le cadre du litige. Dans la mesure nécessaire, les questions de fait importantes pour la solution des questions à résoudre seront reprises plus en détail dans la partie « En Droit ».
4. Le 14 septembre 1992, le « *Ministère de l'Équipement* » de la République algérienne, par son « *Agence Nationale des Barrages* » (ci-après « ANB »), a lancé un appel d'offres pour la réalisation du barrage de Koudiat Acerdoune dans la Wilaya de Bouira ; ce barrage devait servir à l'approvisionnement de la Ville d'Alger en eau potable (Dem. pièce n° 6 = Déf. pièce n° 4).

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

5. Le 24 novembre 1992, LESI et « *Gruppo Dipenta Costruzione S.p.A.* » (ci-après DIPENTA) ont signé un « *Protocole d'Accord pour la Constitution d'un Groupement*

---

<sup>1</sup> 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
- 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

*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 ».

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 a déposé une soumission à l'ANB (Déf. pièce n° 6).
8. Le 20 décembre 1993 également, 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 »). 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 (Dem. pièce n° 11).
9. Le même jour, l'Ordre de Service de commencement des travaux a été notifié au Groupement. Cet Ordre précisait que le Marché avait été approuvé par la Commission Nationale des Marchés et par le Contrôleur Financier de l'Etat (Dem. pièce n° 12 = Déf. pièce n° 12).
10. Selon les Demanderesses, l'exécution du Marché aurait connu de nombreuses difficultés (Dem. 31.10.05 n° 28 ss) :
  - de décembre 1993 à avril 1996, le démarrage du chantier aurait été empêché par des difficultés de libération des emprises et des problèmes de sécurité ;
  - d'avril 1996 à novembre 1997, certains travaux auraient pu être réalisés mais de façon très limitée à cause des problèmes de sécurité qui perduraient ;
  - du 1er novembre 1997 au 27 juin 2001, date de la résiliation du Contrat, les travaux auraient été suspendus par décision des autorités compétentes et suite à la décision de l'ANB de changer la méthode de construction du barrage.
11. 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 % (Transcript p. 8).
12. Le 5 juin 1996, la répartition des quotes-parts respectives des membres du Groupement a été modifiée comme suit : 99,99% à LESI et 0,01% à DIPENTA (Dem. 15.02.05, n° 3.3.).
13. Le 31 décembre 1996, le Groupement et l'ANB ont conclu un Avenant n° 1 au Marché portant sur l'introduction de la taxe sur la valeur ajoutée (ci-après « TVA ») au montant initial du Contrat (Déf. pièce n° 9).
14. Le 28 octobre 1997, l'ANB a notifié au Groupement un ordre de service lui enjoignant de cesser les travaux dès le 1er 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, en remplaçant la variante initiale « en enrochement » par une variante « en béton compacté au rouleau » (ci-après « BCR »). Selon les Demanderesses, cette modification nécessitait, aux dires de l'ANB, l'approbation

préalable de la Banque Africaine de Développement (ci-après « BAD ») qui avait financé le Marché (Dem. 31.10.05 n° 68, pièce n° 54).

15. Le 1er novembre 1997, les travaux ont été effectivement suspendus.
16. Les 4 octobre 1997 et 2 novembre 1997, le Groupement et l'ANB ont conclu un Avenant n° 2 au Marché relatif à la TVA et l'introduction d'un nouveau prix. Formellement, celui-ci a été conclu comme l'Avenant n° 1 (voir ci-dessus n° 13) (Déf. pièce n° 10).
17. Le 27 juin 1998, le Groupement a remis à l'ANB, sous forme d'un Avenant n° 3, une soumission concernant les aspects techniques et économiques d'une réalisation du barrage en BCR (Dem. pièce n° 53 = Déf. pièce n° 11). Selon les Demanderesses, cet Avenant n'aurait jamais été signé par la République algérienne (Dem. 31.10.05 n° 68).
18. Le 30 juin 1999, DIPENTA a été incorporée par fusion-absorption par la société ASTALDI (Dem. pièce n° 3).
19. 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).
20. 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).
21. 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).
22. 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).
23. 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).
24. 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).

25. Par lettre du 5 avril 2002, le Groupement a proposé au Ministre des Ressources en Eau de chercher une solution amiable au différend 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).
26. 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)* ».
27. 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).
28. 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).
29. En juillet 2002, selon les Demanderesses, le nouveau marché aurait été adjudgé à l'entreprise française Razel (Dem. pièce n° 100). Toujours selon elles, ce Marché aurait été adjudgé 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° 17). L'ANB aurait renoncé à attribuer le marché aux Demanderesses afin d'éviter ou de retarder son indemnisation (Dem. 31.10.05 n° 116).
30. 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).
31. Par lettre du même jour, les Demanderesses ont envoyé à l'ANB copie du dossier annexé à son recours hiérarchique du 15 mai 2002 et ont réitéré leur proposition de rechercher une solution à l'amiable (Dem. pièce n° 98.1 = Déf. pièce n° 35).
32. Par courrier du 26 septembre 2002, les Demanderesses ont informé l'ANB de leur refus de signer le « *Décompte Général et Définitif* » 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).
33. Par lettre du 11 octobre 2002, le Groupement a écrit à l'ANB pour détailler les raisons de son refus de signer le « *Décompte Général et Définitif* ». Il y a résumé ses réclamations relatives aux préjudices qu'il allègue avoir subis en relation avec l'exécution du Contrat et sa résiliation (Dem. pièce n° 116 = Déf. pièce n° 37).
34. 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).
35. Par lettre du 28 octobre 2002, le Groupement a informé le Ministre des Ressources en Eau qu'il ne pouvait accepter le « *Décompte Général et Définitif* » établi par l'ANB et

que les discussions avec l'ANB se poursuivaient sans résultat (Dem. pièce n° 117 = Déf. pièce n° 39).

36. 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).
37. 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

38. Le 3 février 2003, un « Consortium LESI-DIPENTA » a déposé une **première Requête d'arbitrage** (Aff. CIRDI ARB/03/08) auprès du CIRDI, requête dirigée contre la République algérienne. Elle l'a déclaré 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.

39. 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.
40. 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.
41. 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.
42. Le 10 janvier 2005, le 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**

43. 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 précédente Requête d'arbitrage du 3 février 2003 (ci-dessus n° 38), 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.

44. 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° 39).

45. Le 26 avril 2005, le présent **Tribunal arbitral** a été constitué. Il est donc 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.
46. 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.

47. 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. »*

48. Le 21 février 2006, le Tribunal arbitral a rejeté dans le principe, sous réserve d'une brève prolongation, la requête que lui avait envoyée la Défenderesse en vue d'un report du délai qui lui avait été fixé pour le dépôt de son mémoire de réponse.

49. 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. 08.05.06 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* », et
- « *subsidièrement 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 incompetent 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* ».

50. Le 4 mai 2006, le Tribunal arbitral a confirmé qu'il tiendrait une audience le 17 mai 2006, qui serait consacrée aux problèmes de compétence du Centre et du Tribunal arbitral, et il a informé les Parties qu'il pourrait se prononcer à ce sujet à bref délai

après la tenue de l'audience. Il a également invité la Défenderesse à expliquer pourquoi elle n'avait pas présenté dans son mémoire sa position relative à l'étendue du dommage réclamé par les Demanderesses.

51. 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:

« (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* ».

52. Le 15 mai 2006, la République algérienne a informé le Tribunal arbitral qu'elle maintenait son intention de contester l'étendue et le *quantum* du dommage réclamé par les Demanderesses mais que, pour des raisons techniques, elle n'avait pas pu réunir les éléments qui lui auraient permis de le faire. Elle a par ailleurs sollicité du Tribunal arbitral l'autorisation de produire un nouvel échange d'écritures au fond pour le cas où il admettrait sa compétence.

53. 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 elle (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. [...]* »

54. 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. »

55. 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).

## II. En Droit

56. La présente procédure est liée à la première procédure (ci-dessus n° 38 ss). Elle est dirigée contre la même Défenderesse ; elle repose sur les mêmes faits ; elle contient des conclusions analogues fondées sur les mêmes normes. Elle s'en distingue essentiellement par le fait que la requête a été introduite non plus par le « Consortium LESI-DIPENTA », mais par les deux entreprises LESI et ASTALDI, dans la ligne de la sentence prise par le premier Tribunal arbitral à propos de la qualité pour agir.

Les Parties ont de plus décidé pour des motifs d'économie et de cohérence de confier la solution de la présente procédure à un Tribunal arbitral composé des mêmes personnes que celles qui formaient le premier Tribunal arbitral (ci-dessus n° 44). Les Demanderesses ont aussi déclaré que les dossiers de la première procédure faisaient partie intégrante de celle-ci (ci-dessus n° 43, Dem 15.02.05 p. 5).

Il n'en demeure pas moins que la présente procédure est formellement indépendante de la première et que la décision prise dans celle-ci, de même que l'argumentation qui s'y trouve développée, ne bénéficient pas de l'autorité de la chose jugée (Transcript p. 5). Il suffit de constater que les Demanderesses ne sont pas les mêmes : dans la présente procédure, il s'agit de deux sociétés indépendantes, les sociétés LESI et ASTALDI, alors que, dans la première, l'action avait été ouverte par un consortium externe, composé des deux entreprises qui avaient signé le contrat, mais dans une structure juridique nouvelle et indépendante, conformément aux règles du droit italien sur les consortiums externes. En dépit du fait que le présent Tribunal arbitral est composé des mêmes personnes que celles qui formaient le premier, il n'est pas lié par les positions qui ont été prises sur les objections que la Défenderesse a formées, en des termes

parfois identiques, à l'encontre de la compétence du Tribunal arbitral et de la recevabilité de la demande.

## 1. En général

57. On l'a dit, comme dans la première procédure, les Défenderesses ont soulevé dans leurs écritures diverses objections relatives à la recevabilité de la demande ainsi qu'à la compétence du Tribunal arbitral pour juger du présent litige.

La compétence est déterminée par l'Article 41 de la Convention, qui a la teneur suivante :

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

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

La compétence du Tribunal arbitral pour se prononcer sur sa compétence est incontestée. En l'espèce, il a été décidé lors de l'audience du 17 mai 2006 que le Tribunal arbitral commencerait par rendre une décision (au cas où il admettrait sa compétence et la recevabilité de l'action) ou une sentence (au cas où il admettrait une des objections soulevées à l'encontre de la compétence ou de la recevabilité) (Transcript p. 5).

Les Parties ont eu amplement l'occasion de présenter leurs moyens, par écrit d'abord (cf. ci-dessus n° 47, 49 et 51), puis par oral lors de l'audience du 17 mai 2006 (cf. ci-dessus n° 53). Le Conseil de la Défenderesse a en particulier longuement développé dans sa plaidoirie certaines des objections contenues de manière parfois sommaire dans le mémoire. Le Conseil des Demanderesses a protesté contre cette manière d'agir, mais a renoncé expressément, après avoir eu l'occasion d'y répondre, à en tirer une objection formelle (Transcript p. 59 et 60).

Constatant qu'aucune des Parties ne requerrait d'autre mesure d'instruction, le Tribunal arbitral a clos la procédure sur ces objets (Transcript p. 56 et 60) et il est à même de statuer.

58. Il ressort des conclusions prises par les Parties que le Tribunal arbitral doit se prononcer d'abord sur sa compétence (ci-dessous ch. 2), puis sur la recevabilité de la demande présentée par les Demanderesses (ci-dessous ch. 3). Les deux types d'objections doivent être traités séparément et successivement, puisqu'elles ont trait à des questions différentes. Il est vrai que, dans les procédures CIRDI, la distinction est sans portée pratique, à la différence de ce qui peut valoir dans d'autres procédures arbitrales; en effet, les recours à l'encontre des décisions rendues à propos de l'une ou de l'autre question ne sont pas différents, dans le système de la Convention, qu'il s'agisse de compétence ou de fins de non-recevoir. En outre, ainsi qu'il sera exposé, les fins de

non-recevoir soulevées par les Parties peuvent également avoir une incidence sur la compétence du Tribunal arbitral (voir ci-dessous n° 86 ss).

## **2. La compétence du Tribunal arbitral**

### **2.1 La question à résoudre**

59. Dans son mémoire du 24 mars 2006 (Déf. 24.03.06 n° 63 ss), la République algérienne a invité le Tribunal arbitral à se déclarer incompétent pour connaître du différend que les Demanderesses lui ont soumis par leur Requête du 15 février 2005. En effet, de l'avis de la Défenderesse, ce différend ne répondrait pas aux conditions requises par l'Article 25(1) de la Convention.
60. Ce faisant, la Défenderesse a réitéré les objections à la compétence qu'elle avait soulevées lors de la précédente procédure, objections que le premier Tribunal arbitral avait examinées et rejetées dans sa Sentence du 10 janvier 2005 (Affaire CIRDI ARB/03/8).
61. Les Demanderesses ont conclu au rejet de ces objections. A leur avis, elles seraient dilatoires et abusives, la seule différence entre les deux affaires étant l'identité des Parties.
62. La première question soumise au Tribunal arbitral est donc de savoir s'il est compétent pour trancher ce litige en vertu de l'Article 25(1) de la Convention. Pour y répondre, il vérifiera si les quatre conditions requises par cet Article sont remplies en l'espèce, à savoir :
- a) l'existence d'un différend de nature juridique (cf. ci-dessous n° 2.2),
  - b) la relation directe du différend avec un investissement (ci-dessous n° 2.3),
  - c) la nature des Parties qui doivent être un Etat contractant de la Convention et un ressortissant d'un autre Etat contractant (cf. ci-dessous n° 2.4), ainsi que
  - d) le consentement des Parties à la compétence du Centre (cf. ci-dessous n° 2.5)

Il est à relever que, dans son Mémoire de défense (Déf. 24.03.06 n° 66, 74 et 87), la Défenderesse ne paraît retenir que trois conditions, numérotées « condition 1 », « condition 2 » et « condition 4 », sans qu'ait été expressément soulevée la condition touchant la nature des parties (« condition 3 ») ; il n'empêche que cette objection est évoquée à la page 32 (Déf. 24.03.06 n° 91 ; cf. eg. Transcript p. 51).

### **2.2 Un différend de nature juridique ?**

#### **a) La question à résoudre et les positions des Parties**

63. La Défenderesse estime qu'il n'existe aucun différend avec le Groupement et, à supposer qu'un différend existe, qu'il ne serait pas de nature juridique au sens de l'Article 25(1) de la Convention.

Cette objection n'a pas été spécialement développée par son Conseil dans sa plaidoirie du 17 mai 2006, mais elle l'avait été dans le Mémoire du 24 mars 2006 (Déf. 24.03.06 n° 66 à 73). Or, il a été expressément affirmé en début de plaidoirie que toutes les objections soulevées dans le mémoire étaient maintenues et que le fait qu'elles ne seraient pas spécialement développées dans la plaidoirie n'emportait aucune renonciation formelle (Transcript p. 6).

64. En bref, la position de la Défenderesse est la suivante (Déf. 24.03.06 n° 66 à 73) :
- (i) Il n'existerait aucun différend entre la Défenderesse et le Groupement portant sur les violations de l'Accord bilatéral. Alors qu'un différend devrait exister préalablement au commencement du litige, les Demanderesses ne se seraient plaintes de telles violations que dans leur Requête d'arbitrage. Il n'y aurait de différend au sujet de la résiliation sans indemnisation qu'entre l'ANB et le Groupement.
  - (ii) Par ailleurs, le différend qui subsisterait ne serait pas de nature juridique puisqu'il ne porterait pas sur l'application ou l'interprétation du droit existant. Le principe d'une indemnisation n'étant pas contesté, l'objet du litige ne viserait que la méthode de détermination du préjudice subi par les Demanderesses (cf. leurs courriers des 5 avril 2002, 11 juin 2002 et 3 juillet 2002 ; Dem. pièce n° 93 = Déf. pièce n° 31 ; Dem. pièce n° 98.2 = Déf. pièce n° 34). Le différend serait donc de nature purement comptable ou financière et à ce titre il n'aurait aucun caractère juridique.
65. En bref, la position des Demanderesses est la suivante (Dem. 31.10.04 n° 135 ; 08.05.06 n° 82 à 97) :
- (i) Un différend existerait bel et bien entre les Parties puisqu'il porterait sur le désaccord les opposant sur la question de l'indemnisation du dommage subi à cause de la violation de l'Accord bilatéral. Le problème aurait été soumis, par de nombreuses lettres, tant à l'ANB qu'au Gouvernement avant le dépôt de la première Requête d'arbitrage.
  - (ii) Le différend serait de nature juridique puisqu'il concernerait la nature et l'étendue d'indemnités qui devront être déterminées en application de critères juridiques.
- b) La position du Tribunal arbitral
66. Il est difficile de nier qu'il existe entre les Parties un différend, dès lors que celles-ci n'ont pas été à même depuis 1997 de se mettre d'accord sur le montant des indemnités dues, cette opposition culminant dans la procédure qui a été ouverte (Transcript p. 40).
67. Pour décider si les conclusions qui ont été jusqu'ici prises devant lui par les Demanderesses sont « d'ordre juridique » au sens de l'Article 25.1 de la Convention, le Tribunal arbitral retient les éléments suivants :
- (i) La formule doit être prise dans son sens le plus large. Elle vise toutes les questions liées à des conclusions fondées sur les créances qu'une partie prétend

avoir contre l'autre en vertu de règles juridiques, qu'elles soient contractuelles ou légales. En cela, ces questions se distinguent de différends qui pourraient avoir un autre objet et un autre fondement, comme des questions d'ordre politique ou économique (Ch. H. Schreuer, *The ICSID Convention : a Commentary*, 2001, p. 104). Celles-ci ne peuvent faire l'objet sous cet angle d'une procédure contentieuse obéissant au régime de la Convention. Pour que l'on soit en présence d'un différend d'ordre juridique, il est nécessaire mais il suffit que les Demanderesses aient soumis au Tribunal arbitral des conclusions que celui-ci est à même de trancher en appliquant la procédure mise en place par la Convention et que sa décision puisse au besoin faire l'objet de mesures d'exécution.

*En l'espèce*, les Demanderesses ont conclu au versement d'indemnités pour les préjudices qu'elles allèguent avoir subis à la suite de la résiliation du Contrat et des circonstances qui l'ont précédée, accompagnée et suivie. Il s'agit à l'évidence de conclusions formelles, fondées sur les créances qu'elles prétendent avoir en raison des relations qui les auraient liées à la Défenderesse. Ces conclusions peuvent être instruites, discutées et tranchées conformément à la procédure de la Convention, et elles pourraient par la suite faire l'objet de mesures d'exécution.

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

*En l'espèce*, même si la Défenderesse ne conteste pas le principe de l'indemnisation, il subsiste entre les Parties d'importantes divergences sur la nature et le montant des préjudices dont les Demanderesses seraient en droit d'obtenir la réparation en vertu des règles applicables et sur leur droit de réclamer des montants sur le fondement d'une violation alléguée des règles de l'Accord bilatéral. Preuve en soient les difficultés jusqu'ici rencontrées pour trouver un accord entre les Parties et l'échec des négociations qui ont été menées. On voit mal comment des comptables pourraient trancher avec effet contraignant et exécutoire des difficultés du genre de celles qui opposent les Parties.

c) La conclusion du Tribunal arbitral

68. Il découle des développements qui précèdent que :

- *il existe un différend entre les Parties et que celui-ci est bien « d'ordre juridique » au sens de la Convention.*

### 2.3 Un différend en relation avec un investissement ?

#### a) La question à résoudre et les positions des Parties

69. La Défenderesse estime que le différend ne serait pas en relation directe avec un « investissement » au sens de l'Article 25(1) de la Convention. Cet argument a été présenté dans le Mémoire du 24 mars 2006 (Déf. 24.03.06 n° 74 ss) et longuement développé par son Conseil dans sa plaidoirie du 17 mai 2006 (Transcript, p. 13 à 18 et 48).
70. En bref, la position de la Défenderesse est la suivante (Déf. 24.03.06 n° 67 à 93 ; Transcript p. 13-18 et 48) :
- (i) Le différend ne serait pas en relation directe avec un investissement au sens de la Convention, tel que défini par la doctrine classique, laquelle exige la réalisation d'un apport d'une certaine durée et l'acceptation par l'investisseur des aléas liés à l'entreprise. Le terme investissement devrait être interprété de façon restrictive car il impliquerait un abandon de souveraineté de l'Etat d'accueil. Si l'on fait abstraction de la décision prise dans la première sentence arbitrale, seules trois sentences arbitrales rendues sous l'égide du CIRDI auraient considéré qu'un marché de construction serait un investissement au sens de la Convention (Aff. CIRDI ARB/00/6 *Consortium RFCC c. Royaume du Maroc*, décision sur la compétence du 16 juillet 2001 ; aff. CIRDI ARB/00/4 *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A c. Royaume du Maroc*, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, dans *Journal du Droit international* 2002, p. 196 ss ; aff. CIRDI ARB/00/5 *Autopista Concesionada de Venezuela c. Venezuela*, décision sur la compétence du 27 septembre 2001, dans 16 *ICSID Rev.* 469 (2001)). Même la première sentence rendue par le premier Tribunal arbitral aurait été critiquée en doctrine (Yala, *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 15.12.2005, p. 38 ss).
  - (ii) S'agissant de la réalisation d'apports, le Consortium LESI-DIPENTA n'aurait pas fourni le matériel et le personnel nécessaires pendant huit ans, comme le prétendent les Demanderesses, puisqu'un ordre d'arrêt des travaux aurait été émis en novembre 1997 déjà par l'ANB ; par ailleurs, dans l'hypothèse où des apports en espèce, en nature ou en industrie auraient été effectivement réalisés, ce serait le Consortium qui les aurait effectués et non pas les deux Demanderesses qui n'auraient donc pas la qualité d'investisseur.
  - (iii) S'agissant de la durée, celle-ci (cinquante mois) n'aurait pas atteint le nombre d'années nécessaires, soit cinq ans comme le prévoyait le premier projet de la Convention.
  - (iv) S'agissant enfin des risques de l'entreprise, le marché n'aurait pas eu pour objet de faire supporter à l'investisseur les aléas de l'entreprise, puisque celui-ci n'aurait pas été associé au résultat de l'exploitation du barrage.

L'investisseur n'encourrait donc aucun risque autre que ceux inhérents à l'exécution du contrat (défaillance du maître de l'ouvrage, travaux supplémentaires, survenance d'un cas de force majeure, etc.), risque couvert par les dispositions spécifiques du Marché.

71. En bref, la position des Demanderesses est la suivante (Dem. 31.20.05 n° 136 ; 08.05.06 n° 98 à 112 ; Transcript p. 36 à 39 et 54) :

- (i) La jurisprudence aurait largement confirmé le caractère d' « investissement » des contrats de construction.
- (ii) Une interprétation restrictive des clauses de for dans les traités d'investissement et de la notion d' « investissement » ne serait appuyée par aucune jurisprudence.
- (iii) Quant au rapport entre le différend et un investissement, le premier Tribunal arbitral aurait reconnu que le Marché présentait tous les éléments constitutifs d'un investissement au sens de la Convention (apport, durée, aléas, contributions).
- (iv) S'agissant en particulier de l'apport, l'objection de la Défenderesse serait absurde ; en particulier, elle ne serait qu'une réitération de l'objection soulevée en relation avec la qualité pour agir des Demanderesses.
- (v) S'agissant de la durée, elle ne devrait pas être appréciée selon des critères rigides ; en l'espèce, le marché aurait duré quatre-vingt-dix mois suite aux difficultés rencontrées.
- (vi) S'agissant du risque, cet élément serait inhérent à tout contrat et pourrait caractériser un contrat de construction dans la mesure où des incertitudes techniques ou commerciales seraient mises à la charge d'une des parties, comme ce serait le cas en l'espèce.
- (vii) Selon l'UNCTAD, l'investissement n'est plus à entendre au sens classique de l'investissement en bourse ou des opérations spéculatives, mais doit s'entendre, dans le contexte de chaque opération, comme l'emploi d'argent avec un certain risque, dans un pays lointain qui n'est pas le pays de l'investisseur, où il est assujéti à certains risques sociaux, économiques et juridiques. L'investissement se définit donc comme le fait pour un entrepreneur de mettre sur pied dans un Etat d'accueil une organisation permanente pendant un temps considérable, faite de personnels, de technologie, de *know how*, d'engagements financiers, de l'apport et de l'importation d'équipements coûteux.

b) La position du Tribunal arbitral

72. Pour décider si l'on se trouve en présence d'un « investissement » au sens de l'Article 25(1) de la Convention, le Tribunal arbitral retient les éléments suivants :

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

Les Demanderesses ont invoqué à l'appui de leur thèse les définitions de l'UNCTAD (Transcript p. 38 et 54). Ces définitions ne sont pas déterminantes car elles se situent dans un autre cadre, mais il s'agit néanmoins d'un indice important.

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

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

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

- (i) S'agissant de l'apport : Il ne peut y avoir d'« investissement » que si une partie fait dans le pays concerné des apports ayant une valeur économique. Sans doute peut-il s'agir au premier chef d'engagements financiers, mais ce serait privilégier une interprétation par trop restrictive que de ne pas admettre d'autres types d'engagements. Ces apports peuvent donc consister en prêts, en matériaux, en travaux, en services, pour autant qu'ils aient une valeur économique. En d'autres termes, il faut que le contractant ait engagé des dépenses, sous quelque forme que ce soit, afin de poursuivre un objectif économique.

De même est-il fréquent que ces investissements soient effectués dans le pays concerné, mais il ne s'agit pas non plus d'une condition absolue. Rien n'empêche en effet que des investissements soient en partie du moins engagés depuis le pays de résidence du contractant mais en vue et dans le cadre du projet à réaliser à l'étranger.

*En l'espèce*, les Demanderesses affirment avoir engagé des moyens importants en vue de la construction du barrage. Le Tribunal arbitral ne peut à ce stade se prononcer sur la réalité de ces engagements qui fondent les conclusions de la demande, mais, dans la perspective limitée qui est la sienne pour l'examen du problème de sa compétence, il ne peut que s'en contenter. La Défenderesse ne conteste pas d'ailleurs qu'il y ait eu des frais qui ont été engagés ainsi que des prestations justifiant paiement et/ou indemnisation, faute de quoi elle ne serait pas entrée en matière sur les demandes d'indemnisation. Le fait que les montants réclamés puissent avant tout couvrir, comme le prétend la Défenderesse, des dépenses engagées dans le pays d'origine des Demanderesses n'est pas déterminant en soi, ainsi qu'il vient d'être rappelé. Qui plus est, l'expérience apprend que, dans des contrats du genre de celui qui est en cause, les dépenses initiales, nécessaires à la préparation du projet et du chantier, consistent en prestations, matérielles et immatérielles, qui peuvent et doivent souvent être effectuées dans le pays d'origine ; elles n'en sont pas moins destinées au pays concerné. Il n'est pas contesté non plus que ces apports ont été faits par les entreprises LESI et DIPENTA, mais la Défenderesse entend tirer argument du fait que ces entreprises ne les auraient pas effectués elles-mêmes car elles auraient recouru pour cela à une entité juridique nouvelle, qui n'aurait jamais été reconnue ; il n'en reste pas moins que les apports ont été effectués par les deux entreprises Demanderesses, celles qui avaient signé le contrat et que la forme juridique sous laquelle elles avaient estimé bon de le faire n'y change rien.

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

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

résilié de manière anticipée n'y change rien ; pour juger de l'importance de l'apport, il faut se fonder sur la durée qui avait été conventionnellement prévue, laquelle en détermine la nature.

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

*En l'espèce*, le Contrat porte sur une construction de très grande envergure, en vue de la réalisation d'un ouvrage de génie civil, comportant des incertitudes et des aléas considérables. Par nature, de tels contrats emportent une part très importante d'impondérables, non seulement sur les difficultés de la prestation, mais sur la nature du terrain, les conditions de travail, les modifications qui peuvent être imposées ou rendues nécessaires. Quelle qu'en soit la forme, la rémunération convenue ne peut garantir la réalisation d'un gain ; au contraire, elle comprend au moins autant sinon plus d'aléas que d'autres apports dont le caractère d'investissement n'est pas contesté. Ces conditions étaient particulièrement remplies en l'espèce, si on se souvient de l'environnement difficile dans lequel la construction devait se dérouler. L'entrepreneur qui accepte une telle réalisation sur la base d'un prix forfaitaire (Transcript p. 14) ne peut connaître avec certitude quel sera pour lui le résultat – positif ou négatif - de l'opération. C'est bien là une caractéristique propre de ce que l'on appelle un investissement, par opposition à un simple placement. Sans doute, les règles contractuelles devraient-elles permettre de tenir compte des modifications intervenues, mais elles n'effacent pas et ne peuvent effacer la part d'impondérables. Le fait que les litiges puissent aussi être tranchés devant les juridictions nationales comme les Demanderesses ont d'abord tenté de le faire ne la prive pas du droit de saisir la juridiction internationale si elle estime pouvoir se mettre au bénéfice de sa protection.

c) La conclusion du Tribunal arbitral

74. Il découle des développements qui précèdent que :

- *le différend soumis au Tribunal arbitral est bien en relation directe avec un « investissement » au sens de la Convention.*

## 2.4 L'identité des Parties ?

### a) La question à résoudre et les positions des Parties

75. On l'a dit (ci-dessus n° 62), alors qu'elle l'avait fait formellement dans la première procédure, la Défenderesse ne semble pas avoir clairement fait état de cet argument dans ses écritures, même si l'on en trouve la mention. Elle n'a pas été non plus spécialement traitée par le Conseil de la Défenderesse dans sa plaidoirie du 17 mai 2006. Néanmoins, interrogé par le Président à l'issue de cette audience, le Conseil de la Défenderesse a confirmé que cet argument n'était pas abandonné (Transcript p. 50 et 51). La Défenderesse estime qu'il ne s'agit pas d'un différend entre un « Etat contractant » et un ressortissant d'un autre Etat contractant. Les Demanderesses concluent au rejet de cette objection.

76. En bref, la position de la Défenderesse est la suivante (Déf. 24.03.06 n° 91 ; Transcript p. 51) :

- (i) L'Agence Nationale des Barrages est une personne morale distincte de l'Etat algérien.
- (ii) Aucun contrat ne lie directement la République algérienne démocratique et Populaire à un investisseur italien.

77. En bref, la position des Demanderesses est la suivante (Dem. 31.10.05 n° 137 à 140) :

Le premier Tribunal arbitral aurait considéré que le différend opposait un investisseur italien à un Etat étranger et aurait laissé à l'examen du fond la question de l'imputation à l'Etat d'une responsabilité pour les manquements invoqués.

### c) La position du Tribunal arbitral

78. Pour décider si l'on se trouve en présence d'un différend opposant une partie à un « Etat contractant », au sens de l'Article 25(1) de la Convention, le Tribunal arbitral retient les éléments suivants :

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

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

- (ii) Cette approche *prima facie* devrait toutefois être abandonnée s'il devait d'emblée apparaître que l'Etat recherché n'a à l'évidence aucun lien avec le contrat en cause et que l'action intentée contre lui a de ce fait un caractère

abusif. Ce serait le cas en particulier si le contrat avait été conclu avec une institution totalement étrangère à son activité et son influence. La jurisprudence admet toutefois 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*, affaire n° ARB/97/7, 16 *ICSID Rev.* 212(2001), §71-89; décision sur la compétence du 16 juillet 2001, *Consortium R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*, *op. cit.* §28-35 ; voir également l'Article 8 des Articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, annexés à la Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies n° 56/83 du 12 décembre 2001 (Doc. A/RES/56/83)).

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

79. Il découle des développements qui précèdent que :

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

## **2.5 Le consentement des parties à la compétence du Centre ?**

### a) La question à résoudre et les positions des Parties

80. La Défenderesse considère que la condition de l'Article 25(1) de la Convention relative au consentement de la République algérienne à la compétence du Centre n'est pas remplie en l'espèce. Elle estime que le différend n'est pas couvert par les termes de l'Accord bilatéral passé par elle avec l'Italie et qu'elle n'a en conséquence pas « consenti par écrit [à soumettre les différends de cette nature] au Centre ». Les Demanderesses sont également sur ce point d'un avis opposé.

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

## Article 1

« Pour l'application du présent accord :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

## Article 2

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

## Article 5

*« Chaque Etat contractant, sur le territoire duquel des investissements ont été effectués par des investisseurs de l'autre Etat contractant accorde à ces investisseurs, après acquittement de toutes leurs obligations fiscales, le libre transfert :*

- a) des revenus des investissements, notamment les dividendes, bénéfices, royalties, intérêts et autres revenus courants ;*
- b) des redevances découlant des droits incorporels mentionnés au paragraphe 1, lettre d) de l'article 1 ;*
- c) des versements effectués pour le remboursement des emprunts régulièrement contractés pour le financement des investissements tel qu'autorisé et pour le payement des intérêts qui en résultent ;*
- d) du produit de la cession ou de la liquidation totale ou partielle de l'investissement, y compris les plus-values du capital investi ;*
- e) des indemnités de dépossession ou pertes de propriétés prévues à l'article 4, ci-dessus et tout paiement dû à titre de subrogation en vertu de l'article 7 du présent accord.*

*Les nationaux de l'un des Etats contractants qui ont été autorisés à travailler sur le territoire de l'autre Etat contractant, au titre d'un investissement agréé, sont également autorisés à transférer dans leur pays d'origine une quotité appropriée de leur rémunération.*

*Les transferts visés aux paragraphes précédents sont effectués au taux de change officiel ou à défaut de celui-ci au taux de change applicable à la date desdits transfert de ceux-ci dans l'Etat, dans le territoire duquel l'investissement a été effectué, dans la devise dans laquelle l'investissement a été effectuée et dans un délai de six (6) mois. »*

## Article 8

*« [...]*

- 2. Si le différend ne peut pas être réglé à l'amiable dans un délai de six (6) mois de la date d'une requête, formulée par écrit à cet effet, l'investisseur concerné pourra soumettre le différend exclusivement à l'une des instances désignées ci-après :*
  - a) à la juridiction compétente de l'Etat contractant sur le territoire duquel l'investissement est réalisé ;*
  - b) au « Centre international pour le règlement des différends sur les investissements » pour la mise en œuvre des procédures de conciliation ou d'arbitrage, visées par la Convention de Washington du 18 mars 1965, sur le « règlement des différends liés aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats », dès que les deux Etats contractants y auront adhéré à plein titre ;*
  - c) à un tribunal arbitral ad hoc, constitué conformément aux dispositions de l'article 9 du présent accord. »*

## Article 11

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

conformes aux lois et règlements applicables dans le dernier Etat contractant, à la date de la signature du présent accord. »

81. En bref, la position de la Défenderesse est la suivante (Déf. 23.03.06 n° 87 à 97 ; Transcript p. 20) :

L'offre de compétence en faveur du CIRDI que la République algérienne a faite à travers l'Article 8(2) de l'Accord bilatéral devrait être considérée comme ne valant que pour les violations de cet Accord bilatéral. En l'espèce, d'une part, le Marché aurait été conclu par l'ANB, soit une entité autre que l'Etat, et, d'autre part, les violations reprochées concerneraient l'exécution par l'ANB des dispositions de ce Marché. Il n'existerait donc aucun contrat qui lierait directement la République algérienne à un investisseur italien. Quoi qu'il en soit, même si le Tribunal arbitral admettait sa compétence pour connaître de ce différend, celle-ci serait strictement limitée à l'examen des prétendues violations par la République algérienne des dispositions de l'Accord bilatéral.

En l'espèce, l'Accord bilatéral n'aurait pas été violé pour les raisons suivantes (Transcript p. 23 ss) :

- (i) Concernant l'« expropriation sans indemnisation », contrairement à ce qu'avancent les Demanderesses, il ne s'agirait pas d'une expropriation car la décision dont elles se plaignent n'est pas une expression de la puissance publique. La « décision de résiliation » du marché serait appelée « décision » uniquement parce que LESI n'aurait pas voulu d'une résiliation amiable. Elle n'en garderait pas moins son caractère contractuel et purement contractuel. De plus, même si l'on se trouvait en présence d'une expropriation *stricto sensu*, l'Article 4.3C de l'Accord bilatéral aurait été respecté car l'ANB a fait une offre d'indemnisation, ce qui signifie qu'elle a reconnu le principe de l'indemnité.
- (ii) En ce qui concerne la paralysie du chantier, c'est l'Article 4.5 de l'Accord bilatéral qui devrait trouver application et non l'Article 4.1. Les Demanderesses n'auraient donc pas invoqué la clause pertinente de cet Accord.
- (iii) Enfin, concernant la violation de promesses qui auraient été faites par l'ANB ou la République Algérienne Démocratique et Populaire, il n'existe *prima facie* aucun indice qui permettrait au Tribunal arbitral de penser que de telles promesses ont été faites, les Demanderesses n'étayant leurs dires par aucun document.

82. En bref, la position des Demanderesses est la suivante (Dem. 31.10.05 n° 141-143 ; 08.05.06 n° 113-137 ; Transcript p. 39 et 40) :

- (i) Le consentement de la République algérienne aurait été reconnu par le premier Tribunal arbitral pour le cas où des violations de l'Accord bilatéral seraient invoquées, ce qui est avéré en l'espèce. La décision *Salini c. Maroc* excluant la compétence du CIRDI ne s'appliquerait qu'aux prétentions fondées exclusivement sur le contrat, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce.

- (ii) L'examen *prima facie* des circonstances et des violations alléguées par les Demanderses serait suffisant pour établir la compétence *ratione materiae* du Tribunal arbitral.
  - (iii) Les violations de l'Accord bilatéral ne seraient pas simplement « énoncées », mais aussi abondamment débattues et prouvées ; les Demanderses auraient largement démontré que les agissements de l'ANB seraient imputables à la République algérienne en raison de son contrôle sur celle-là.
- c) La position du Tribunal arbitral
83. Pour déterminer si le différend qui lui est soumis est couvert par le consentement contenu dans l'Accord bilatéral, le Tribunal arbitral retient les éléments suivants :
- (i) Le consentement donné par l'Etat algérien à la compétence du Centre, qui seul peut fonder la compétence du Tribunal arbitral, est lié à des investissements. La controverse porte sur le sens qu'il convient de donner à ce terme dans l'Accord bilatéral.
  - (ii) L'Accord bilatéral donne de l'investissement une définition générale à l'Article 1 chiffre 1 paragraphe 1 dans des termes très larges : Le terme désigne « *tout élément d'actif quelconque et tout apport en numéraire, en nature ou en services, investi ou réinvesti dans tout secteur d'activité économique, quel qu'il soit* ». La formule est volontairement large et recouvre, de l'avis du Tribunal arbitral, le sens généralement donné au terme dans l'interprétation de la Convention.

Pour le Conseil de la Défenderesse, la définition serait sans portée, dès lors quelle serait tautologique ou circulaire ; investissement désignerait tout élément d'actif investi (Transcript p. 16). La critique ignore tout ce que la définition affirme :

- l'objet de l'engagement : « *tout élément d'actif quelconque et tout apport en numéraire, en nature ou en services* » ; la première condition est donc bien que l'autre partie fasse des prestations de quelque nature que ce soit, et non seulement des prêts, des prises de participation risquées ;
- le cadre de l'engagement : « *dans un secteur d'activité économique, quel qu'il soit* » ; la deuxième condition est donc bien que ces prestations soient faites dans n'importe quelle activité économique et non seulement dans des domaines déterminés ;
- la nature : ces prestations doivent être investies ou réinvesties, ce qui implique qu'elles doivent avoir été engagées par le Contractant, avec les risques qui sont liés à ce genre de mesure.

Or, le Tribunal arbitral a déjà exposé plus haut (ci-dessus n° 72), en relation avec cette notion, que l'on pouvait admettre, aux conditions précisées que le Contrat passé par les Demanderses entrerait dans cette catégorie. Il n'y a, à son avis, aucune raison pour en décider différemment ici.

Cette interprétation est d'ailleurs clairement confirmée par certains des exemples proposés - et de manière non exhaustive - par l'Article 1 chiffre 1

paragraphe 2. On y trouve à la lettre e) en effet la mention de « *tout droit conféré par la loi ou par contrat et toute autre licence provenant d'un contrat et concession conformes à la loi, y compris les droits provenant d'un contrat ou d'une concession administrative en matière de prospection, extraction et exploitation des ressources naturelles, à l'exclusion des activités réservées à l'Etat* ».

- (iii) La Défenderesse tire argument du fait que le texte de l'Accord bilatéral précise à plusieurs reprises qu'il doit s'agir d'investissements effectués « *conformément aux lois et règlements en vigueur* » (cf. p.ex. art. 1 ch. 1 para. 2 let. e, art. 1 ch. 1 al. 3, art. 1 ch. 1 al. 4, art. 1 ch. 1 al. 5, art. 11). Or, selon elle, le Contrat ne remplit pas formellement les exigences que la loi algérienne pose pour la reconnaissance d'un « investissement », lequel suppose en particulier une procédure spéciale aboutissant à une reconnaissance formelle.

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

- (iv) Dans sa plaidoirie, le Conseil de la Défenderesse a tiré argument du fait que l'Article 5 ne parlerait pas de prix, mais de dividendes, bénéfices, royalties, revenus courants, redevance de droits incorporels, cession liquidation, plus-value du capital (Transcript p. 17). La citation est incomplète, car la disposition traite aussi du remboursement d'emprunts. On ne saisit pas la différence essentielle qu'il pourrait y avoir entre un prêt et un contrat de construction de grande importance. Dans les deux cas, le contractant dispose d'une créance en restitution de l'emprunt ou en paiement du prix, et dans les deux cas il assume un risque ; on pourrait même dire que le risque est plus grand en présence d'un contrat de construction, puisqu'il n'est nullement assuré de pouvoir retirer un quelconque profit de l'opération.

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

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

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

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

- (ii) Cette interprétation est confirmée *a contrario* par la rédaction que l'on trouve dans d'autres traités. Ceux-ci contiennent en effet ce qu'il est convenu d'appeler des clauses de respect des engagements ou "*umbrella clauses*". Ces clauses ont pour effet de transformer les violations des engagements contractuels de l'Etat en violations de cette disposition du traité et, par là même, de donner compétence au tribunal arbitral mis en place en application du traité pour en connaître (v. par ex. l'Article 10(1) *in fine* du Traité sur la Charte de l'énergie; l'Article 3 du Traité bilatéral relatif aux investissements du 30 novembre 1995 entre la France et Hong Kong ou l'Article 11(2) du Traité bilatéral relatif aux investissements conclu le 30 mars 1994 entre l'Allemagne et le Kuwait). Une telle formule n'a précisément pas été retenue pour l'Accord bilatéral conclu entre l'Algérie et l'Italie, ce qui confirme *a contrario* l'interprétation retenue.
- (iii) Il en découle que le consentement donné par la République algérienne a une portée réduite. Il ne suffit pas 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.
- (iv) Il est exclu que le Tribunal arbitral se prononce à ce stade sur la nature et la portée des violations dont les Demanderesses prétendent avoir été les victimes. C'est à elles qu'il appartiendra dans la procédure au fond de l'établir. Il lui suffit de constater que l'on ne peut exclure, à ce stade du moins, que les retards qui ont affecté le chantier, la nature (ou l'absence prétendue) des mesures qui auraient été nécessaires pour assurer la protection du chantier et des personnes occupées à la réalisation de l'ouvrage, les conditions de la résiliation du Contrat et les difficultés rencontrées par les Demanderesses dans l'obtention d'une indemnisation pourraient remplir les conditions d'une expropriation ou d'une atteinte au principe du traitement équitable. Ce sont là des éléments qui justifient que le Tribunal arbitral admette sa compétence, sur le fondement d'une analyse *prima facie*, afin d'être en mesure de les examiner au fond sur la base de l'instruction qui sera menée.

85. Il en découle que :

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

## 2.6. Première conclusion

86. Il en découle que :

*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.*

## 3. L'irrecevabilité de la Demande

### 3.1. En général

87. Dans ses dernières écritures du 24 mars 2006 (Déf. 24.03.06 p. 14), la République algérienne a conclu à « l'irrecevabilité de la demande présentée par la société ASTALDI S.p.A. faute de qualité pour agir ».

88. Dans leurs mémoires, les Demanderesses ont de leur côté conclu au rejet de cette fin de non-recevoir. En particulier, dans le « Contre-mémoire des Demanderesses sur la compétence » du 8 mai 2006 (Dem. 08.05.06 n° 166), elles ont invité le Tribunal arbitral à constater et décider « que les deux Demanderesses ont la qualité pour agir dans la présente affaire ». Il est à noter que la fin de non-recevoir soulevée par la Défenderesse ne concerne pas la qualité pour agir de LESI, qui est admise, mais uniquement celle d'ASTALDI ; dans cette mesure en tout cas, la requête est recevable. Il appartient au présent Tribunal arbitral de se prononcer en revanche sur la recevabilité des conclusions prises par LESI au nom d'ASTALDI.

### 3.2. La qualité pour agir d'ASTALDI

#### a) La question et les positions des Parties

89. La question est de savoir si ASTALDI a la qualité pour agir dans la présente procédure et, partant, si la Demande telle que présentée par les Demanderesses est recevable.

90. En bref, la position de la Défenderesse est la suivante (Déf. 24.03.2006 n° 49 à 62 ; Transcript p. 7-10) :

- (i) ASTALDI serait dépourvue de la qualité pour agir du fait de l'absence de qualité de partie au Marché du 20 décembre 1993 par lequel l'investissement a été réalisé. Celui-ci aurait été signé par et attribué à LESI et DIPENTA.

- (ii) ASTALDI ne serait pas devenue la titulaire des droits et obligations appartenant ou incombant à DIPENTA selon le Marché du 20 décembre 1993. Cette question devrait être résolue non par application du droit italien mais par celle du droit algérien et de la loi applicable au marché lui-même, tel que ce droit se trouve exposé notamment dans le Décret exécutif algérien No. 91 434 du 9 novembre 1991. Or, en droit algérien, un marché aurait un caractère *intuitu personae* qui interdirait à l'entrepreneur de céder ou de sous-traiter son contrat sans l'autorisation expresse et préalable de l'administration. En l'espèce, ASTALDI n'aurait pas pu se substituer à DIPENTA faute d'avoir demandé et obtenu ce consentement.
- (iii) ASTALDI ne pourrait donc pas prétendre être un « investisseur » au sens de l'Article 25(1) de la Convention, d'autant moins qu'elle n'aurait investi aucune somme en Algérie, fourni aucune prestation en relation avec la construction du barrage, adressé aucune facture à l'ANB et enfin que son nom n'aurait jamais été mentionné dans aucune des demandes de réparation adressées à l'ANB, ni dans aucun des recours formés auprès du Ministère des Ressources en Eau.
- (iv) La République algérienne n'aurait jamais donné son accord aux modifications de participation intervenues entre les membres du Groupement.

91. En bref, la position des Demanderesses est la suivante (Dem. 31.10.05 n° 145 à 147 ; 08.05.06 n° 17 à 78 ; Transcript p. 33 à 35) :

- (i) La qualité pour agir d'ASTALDI, conséquence de sa fusion-absorption avec DIPENTA, serait régie par le droit italien en vertu de la règle selon laquelle les questions relatives à la nature et à la capacité des personnes sont régies par leur loi nationale et non pas par le droit applicable aux contrats conclus par elles (cf. affaire CCI n° 11504/ACS/FM).
- (ii) La succession à titre universel d'ASTALDI à DIPENTA comporterait le transfert de la titularité de tous les droits, obligations et créances de celle-ci, y compris ceux découlant de la participation au Groupement LESI-DIPENTA (cf. Article 2504bis du Code civil italien).
- (iii) Etant devenue titulaire de la participation au Groupement LESI-DIPENTA, et donc des droits découlant du Marché, ASTALDI aurait la qualité pour agir dans la présente affaire et serait un « investisseur » au sens de l'Article 25(1) de la Convention ; cette qualité ne dépendrait pas de la présence physique de l'investisseur dans le pays d'accueil et ne serait pas exclue par la qualité de successeur de l'investisseur originaire ; enfin, le pourcentage d'ASTALDI dans le Groupement LESI-DIPENTA étant marginal (0,01%), elle aurait décidé de confier la gestion de la procédure à LESI, titulaire du 99,99% du Groupement.
- (iv) La qualité pour agir des Demanderesses aurait été reconnue par le Tribunal arbitral de l'Affaire n° ARB/03/8 dans sa Sentence du 10 janvier 2005.
- (v) A titre subsidiaire, même si ASTALDI n'avait pas la qualité pour agir, rien n'empêcherait LESI d'agir en raison de sa participation au Groupement LESI-DIPENTA ; la qualité pour agir de celle-ci ne serait d'ailleurs pas contestée par la Défenderesse.

b) La position du Tribunal arbitral

92. On l'a dit (ci-dessus n° 87), l'action est dans tous les cas recevable, dès lors qu'il faut reconnaître à LESI la qualité pour agir, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté. LESI a été signataire à titre individuel du Marché ; elle a un intérêt propre à obtenir une décision du présent Tribunal arbitral au moins dans la mesure des droits qui lui appartiennent.

La seule question concerne la participation de ASTALDI à la procédure. Or la Défenderesse invoque à son encontre deux types d'objection. La première est liée au fait que ASTALDI, qui a repris les droits de DIPENTA par fusion, n'a jamais été agréée par la République algérienne et, indépendamment de cela, la République algérienne n'a jamais donné son accord aux modifications de participation qui sont intervenues entre les membres du Groupement.

93. S'agissant de la reprise par ASTALDI de la part que détenait DIPENTA dans le Contrat, il convient de relever ce qui suit :

- (i) La reprise d'une société par un tiers ne peut pas être assimilée à un transfert de contrat. Il s'agit d'une modification non de la qualité des personnes intervenant dans la relation contractuelle, mais de l'identité d'une d'entre elles. Une telle modification obéit aux règles du droit sur le statut des personnes, en l'occurrence le droit italien. Or, il n'a jamais été prétendu que cette fusion n'aurait pas été valable selon les règles de ce droit applicables à la fusion.
- (ii) Cette solution s'impose d'autant plus qu'il ne s'agit pas d'une scission, dont on aurait pu prétendre qu'elle modifie la position du co-contractant, mais d'une absorption, qui permet de faire intervenir un autre sujet (supplémentaire en quelque sorte), qui reprend l'intégralité des droits et des obligations de la société absorbée, y compris par conséquent la qualité de partie au contrat concerné. Le contractant d'origine n'existe plus, c'est le reprenant qui se substitue automatiquement à lui. Il serait contraire aux pratiques les plus généralement suivies de considérer que toute opération de fusion devait être en plus approuvée par chacune des entités avec lesquelles la partie reprise aurait eu une relation contractuelle, du moins tant que le contrat ne présente pas un caractère *intuitu personae*. Même en suivant la thèse de la Défenderesse, on ne voit pas ce que serait devenue la part de DIPENTA, dès lors que cette entité a formellement disparu.
- (iii) Cette solution a au demeurant également été jugée par un tribunal arbitral agissant dans le cadre de l'arbitrage CCI, concernant un autre marché public algérien dans lequel le Groupement LESI-DIPENTA intervenait en qualité d'entrepreneur. Or les mêmes arguments avaient été invoqués et ils ont été rejetés par le tribunal arbitral constitué dans l'affaire CCI (Dem. pièce n° 134 p. 23 s.).

Cette sentence a fait l'objet d'un recours en date du 5 décembre 2004 devant les autorités algériennes. La recourante (la République algérienne) critiquait en particulier cet aspect de la décision. Or les juges algériens ont rejeté ce moyen (Dem. pièce n° 135 p. 17).

- (iv) Il est vrai que la sentence CCI relève qu'il eût été conforme aux règles de la bonne foi que la société reprise en informe l'autre partie ce qu'elle n'a pas fait. Cette omission n'a pas pour effet d'invalider la fusion, mais pourrait générer des dommages-intérêts si la République algérienne parvenait à prouver qu'elle a de ce fait subi un dommage.

Il n'est pas nécessaire en l'espèce de se demander si cette thèse est exacte. En effet, la fusion est ici intervenue certes avant la résiliation du Contrat mais bien après la suspension des travaux (cf. ci-dessus n° 14 ss, 17 et 18). On ne voit pas en quoi la fusion aurait pu de quelque manière poser un problème à la République algérienne, dès lors que la nouvelle entité n'a pas participé à l'exécution du Contrat, mais participera uniquement au règlement des créances qui découlent de sa résiliation prématurée.

Il en découle que, de l'avis du Tribunal arbitral, la fusion-absorption de DIPENTA par ASTALDI ne peut pas être assimilée à un transfert de contrat et que la prétention de ASTALDI est recevable, à côté de celle de LESI.

94. S'agissant des modifications dans les parts entre LESI et DIPENTA/ASTALDI, le Tribunal arbitral retient les éléments suivants :

- (i) Le fondement de la règle qui veut que tout transfert d'une part à un tiers soit subordonné à l'assentiment du Maître se comprend, car la qualité de celui avec qui il contracte est importante pour lui en raison d'abord de la part qu'assume le partenaire dans l'exécution du contrat et, en cas de défaut ou de défaillance, ensuite de la responsabilité éventuelle qu'il peut devoir assumer.

Il n'en demeure pas moins que les deux entreprises formaient déjà, à la conclusion du Contrat, un consortium simple, conformément à l'Article 2602 du Code civil italien. Il en découle qu'elles sont les deux solidairement responsables de toutes les obligations qu'elles pourraient avoir à l'égard de l'autre partie. Celle-ci n'est pas affectée par les modifications internes que peuvent décider les deux partenaires. Dans tous les cas, chacune d'elles pourra être recherchée pour la totalité des droits ; le fait que ASTALDI ne dispose plus dans l'affaire que d'une part infime (0.01 %) ne change rien à son statut de base, puisque le Maître d'ouvrage pourrait la rechercher pour l'intégralité du dommage (100 %). Dans cette mesure, on ne voit pas en quoi cette modification pourrait de quelque nature lui porter un préjudice quelconque, dès lors qu'il s'agit des mêmes parties (sous réserve de la question de la reprise sur laquelle on vient de se prononcer).

- (ii) Le fondement de la règle qui exige le consentement du Maître pour la cession de contrat se comprend également dans la mesure où il ne lui est pas indifférent de savoir qui se chargera effectivement de l'exécution des travaux.

On ne peut y assimiler une modification interne dans la participation. Les deux entreprises s'étaient engagées à exécuter les travaux et cette obligation subsiste ou du moins subsistait tant que le Contrat n'avait pas été réalisé. La confiance que le Maître a mise en elles n'est pas affectée par une modification des parts internes, dès lors que celle-ci définit la répartition des gains (ou des pertes), mais non la part des travaux qui devront être réalisés, lesquels ne sont pas

précisés par le Contrat et sont donc laissés à la libre disposition des partenaires du Groupement.

- (iii) La répartition des parts pourrait avoir une influence sur la détermination des montants que chacune des Parties pourrait faire valoir. En soi, les deux partenaires agissent communément et les conclusions sont prises sous cette forme, puisque ASTALDI a chargé LESI de faire valoir en son nom également l'intégralité des droits. Savoir comment les montants qui pourraient être alloués par le Tribunal arbitral au Groupement doivent être répartis entre eux est une question qui n'est pas de la compétence du Tribunal arbitral. Ou si elle devait l'être, elle justifierait une instruction spéciale dans la procédure au fond. En aucun cas, cela ne permet au Tribunal arbitral conclure que l'action d'ASTALDI est irrecevable.

### **3.3. Deuxième conclusion**

95. Il en découle que :

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

## **4. Les frais de la procédure**

96. Dans leurs mémoires du 31 octobre 2005 et du 8 mai 2006, les Demanderesses n'ont pas pris formellement de conclusion touchant les frais de l'arbitrage et le versement d'une indemnité de partie ; leur position peut se comprendre du fait qu'elles demandaient au Tribunal arbitral de se prononcer sur les questions de compétence et de recevabilité en même temps que le fond (ci-dessus n° 51).

De manière plus surprenante, la Défenderesse n'a pris aucune conclusion à cet égard ni dans son écriture du 24 mars 2006, ni dans la plaidoirie de son Conseil.

97. La question est toutefois sans portée pratique dans la mesure du moins où le Tribunal arbitral ne rend pas une sentence, mais une décision. Qui plus est, il est d'avis qu'il est inopportun de trancher cette question à ce stade, mais qu'elle doit être renvoyée à la sentence à intervenir sur le fond.

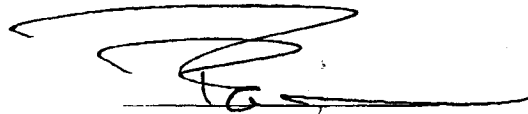
### III. Dispositif

Le Tribunal arbitral

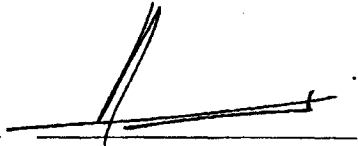
par ces motifs décide

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 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.*

Pierre Tercier, Président :



André Faurès, Arbitre :



Emmanuel Gaillard, Arbitre :

