

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS
RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS
WASHINGTON, D.C.

DANS LA PROCÉDURE

CONSORTIUM R.F.C.C.
(Demandeur)

CONTRE

ROYAUME DU MAROC
(Défendeur)

Aff. N° ARB/00/6

DÉCISION SUR LA COMPÉTENCE

Membres du Tribunal

Maître Robert Briner, Président
Maître Bernardo Cremades, Arbitre
M. le Professeur Ibrahim Fadlallah, Arbitre

Secrétaire du Tribunal

Gabriela Alvarez-Avila

Pour le demandeur

Maître Piero G. Parodi, Milan

Maître Hamid Andaloussi, Casablanca

Pour le défendeur

Monsieur Ahmed Zejjari
CHEF DE LA DIVISION DES AFFAIRES
JURIDIQUES DU MINISTÈRE DE
L'ÉQUIPEMENT

Monsieur le Bâtonnier Mohamed Naciri,
Casablanca

Maître Aurélia Antonietti
Maître Christian Cambolive
GIDE LOYRETTE & NOUEL, Paris

FAITS

1. Le Tribunal arbitral est saisi d'un litige opposant le Consortium RFCC, groupement de droit italien constitué le 2 juin 1995 entre les sociétés italiennes suivantes :

- Fioroni Ingegneria SpA
- IGA Impresa Generale Appalti SpA
- Grassetto SpA
- Pavimental SpA
- Codelfa Prefabbricati SpA

et le Royaume du Maroc.

2. La Société Nationale des Autoroutes du Maroc (ci-après : ADM), constituée en 1989 sous forme de société anonyme, a pour objet de construire, entretenir et exploiter des autoroutes et ouvrages routiers divers en application de la Convention de concession passée avec le Ministre des Travaux Publics, de la Formation Professionnelle et de la Formation des Cadres, agissant au nom de l'Etat.

Dans le cadre de cette convention, ADM a lancé, en août 1994, un appel d'offres international pour la construction d'une autoroute reliant Rabat à Fès. Les entreprises italiennes susmentionnées, représentées par un mandataire commun, ont soumissionné le 28 octobre 1994 pour l'attribution de deux lots : lot 3A : RS 316 – Meknès Est et lot 3B : Meknès Est – Fès.

Le lot 3B a été attribué aux entreprises italiennes pour un prix de 266.057.262,00 MAD et 15.754.188,795 ECU. Le lot 3A a été attribué à des entreprises marocaines.

Les négociations qui ont suivi l'attribution du lot 3B ont abouti à la signature du marché 19/95, le 19 mai 1995.

3. Le Consortium constitué entre les entreprises italiennes, sous un régime d'autonomie juridique, a ouvert une succursale au Maroc sous la dénomination CONSORZIO RFCC, immatriculée en septembre 1995 au Registre du Commerce tenu au greffe du Tribunal de Première Instance de Casablanca en tant qu' «*Entreprise de travaux divers ou construction* ». Le Consortium a étendu son activité à celle de «*marchand importateur* » en janvier 1996 et a été immatriculé comme tel le 19 février 1996.

4. Dans le courant de l'été 1997, diverses difficultés dans l'exécution du marché ont conduit le Consortium à négocier un protocole d'accord avec le Secrétaire Général du département du Ministère de l'Equipement, désigné à cette fin par le Ministre de l'Agriculture, de l'Equipement et de l'Environnement (C 8.6). Le protocole a été formalisé en un avenant n° 1, signé le 5 septembre 1997, qui repoussait la date d'achèvement des travaux au 31 décembre 1997, à l'exclusion de l'échangeur sur la voie de contournement de Fès dont l'achèvement était fixé au 28 février 1998.

Le 30 avril 1998, les parties ont signé un procès-verbal de réception provisoire.

5. Un projet de décompte général et définitif a été communiqué par ADM au Consortium le 12 mars 1999. Celui-ci a refusé de le signer.

Le 5 avril 1999, le Consortium a adressé à l'Ingénieur en Chef d'ADM, par la voie de ses conseils, un mémoire précisant les raisons de son refus de signer le décompte et l'ensemble de ses réclamations relatives aux montants qu'il considérait lui rester dus à divers titres. A la suite du désaccord de l'Ingénieur en Chef d'ADM sur ces réclamations, le Consortium lui a adressé une lettre en

date du 7 juillet 1999 lui demandant de transmettre au Ministre de l'Équipement le mémoire adressé le 5 avril précédent ainsi que son avis, en application de l'article 51 du Cahier des Clauses Administratives Générales. Aucune réponse n'a été reçue ni du Ministre de l'Équipement ni d'ADM.

6. Par lettre du 28 septembre 1999, ADM a appelé les garanties à première demande souscrites pour l'exécution du marché par la Banque Commerciale du Maroc à hauteur de 8.201.187,87 MAD et 472.460,96 ECU.

PROCEDURE

7. Le 6 juin 2000, le Consortium a saisi le CIRDI d'une requête d'arbitrage dirigée contre le Royaume du Maroc. Le Secrétaire général par intérim a enregistré la requête le 28 juin 2000.

Le Consortium a demandé :

- 287.590.695 MAD et 1.637.306 ECU avec intérêts au titre de l'application abusive des pénalités ;
- le remboursement des sommes payées en exécution des garanties bancaires outre intérêts et 10.000.000 MAD de dommages intérêts pour l'appel de ces garanties ;
- 40.000.000 MAD à titre de réparation du préjudice subi du fait du traitement discriminatoire qui lui avait été réservé dans l'attribution du lot 3A.

8. Le Tribunal arbitral a été constitué conformément à l'accord des Parties. Le Consortium a désigné Maître Bernardo CREMADES en qualité d'arbitre. Le Royaume du Maroc a désigné le Professeur Ibrahim FADLALLAH. Les deux arbitres ont désigné, d'un commun accord, Maître Robert BRINER en qualité de Président du Tribunal arbitral. Les Parties sont convenues que l'arbitrage aurait lieu à Paris.

9. Le Royaume du Maroc a soulevé une exception d'incompétence dans une lettre adressée au CIRDI le 17 juillet 2000. Une audience d'introduction a eu lieu le 27 octobre 2000 à Paris. L'exception d'incompétence a été reprise par le défendeur dans son mémoire du 22 décembre 2000, auquel le Consortium RFCC a répondu le 17 février 2001. Le défendeur a déposé un mémoire en réplique le 23 mars 2001 et le demandeur un mémoire en duplique le 23 avril 2001. Une audience consacrée à la question de la recevabilité de la requête et de la compétence du Tribunal arbitral s'est tenue à Paris le 4 mai 2001.

DISCUSSION

10. Dans sa requête d'arbitrage, le Consortium fonde la compétence du CIRDI sur l'article 8 de « *l'Accord entre le gouvernement du Royaume du Maroc et le gouvernement de la République Italienne relatif à la promotion et la protection réciproques des investissements* » signé le 18 juillet 1990, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1992 en faveur des investisseurs italiens, selon un échange de lettres entre ministres des affaires étrangères des deux gouvernements en date du 26 novembre 1991. L'entrée en vigueur de cet accord bilatéral de protection des investissements n'est plus contestée par le Royaume du Maroc.

En effet, lors de l'audience de plaidoiries sur la compétence qui s'est tenue le 4 mai 2001 à Paris, la question de l'entrée en vigueur dudit Accord n'a même pas été abordée.

11. Le Royaume du Maroc a soulevé diverses objections à la saisine du Tribunal arbitral. Il soutient, en se fondant sur l'article 8 de l'Accord précité, que la requête n'est pas recevable car elle est prématurée (I) que le tribunal est incompétent *ratione personae* et *ratione materiae* (II) et que le Consortium a renoncé à toute compétence autre que celle de la juridiction administrative de Rabat (III).

I. **DE L'IRRECEVABILITÉ DE LA REQUÊTE À RAISON DE SON CARACTÈRE PRÉMATURÉ**

A. Les moyens des Parties

12. Dans ses mémoires sur la compétence et ses explications orales, le Royaume du Maroc déclare la requête du demandeur prématurée au regard de l'article 8.2 de l'Accord bilatéral. En substance, il prétend que cette disposition exigeait :
- que les griefs contenus dans la requête d'arbitrage aient fait l'objet d'une demande de règlement amiable au Royaume du Maroc au moins six mois auparavant ;
 - que ces griefs constituent des violations de l'Accord bilatéral, la procédure d'arbitrage prévue à l'article 8.2 étant indissociable des autres dispositions dudit Accord.
13. Ce second argument concerne la compétence *ratione materiae* du Tribunal. C'est à l'occasion de l'examen de cette question qu'il sera traité. Au regard de la question de prématurité, seul importe le point de savoir si la demande de règlement amiable visée aux alinéas 1 et 2 de l'article 8 a effectivement été faite par le Consortium.

14. Le Consortium considère qu'une telle demande a été faite. Il communique à l'appui de son affirmation deux lettres adressées par ses conseils à l'Ingénieur en Chef d'ADM, datées du 5 avril, respectivement du 7 juillet 1999, la première indiquant les motifs pour lesquels les sociétés du Consortium ont refusé de signer le décompte définitif tout en rappelant les réclamations faites à la Direction d'ADM relativement aux montants qui leur restent dus, alors que la seconde demande la transmission de la lettre du 5 avril 1999 au Ministre de l'Equipement en application de l'article 51 du Cahier des Clauses Administratives Générales (CCAG) dont l'application s'impose à tout marché public.

Il souligne que l'implication du Ministre de l'Equipement dans le marché en cause découlerait d'un ensemble de lettres datées de 1996 et 1997, de réunions tenues avec le Ministre après réception de la lettre du 7 juillet 1999, de courriers reçus de l'Ambassadeur de l'Union Européenne au Maroc (janvier 2000) et adressés par le Ministre marocain de l'Equipement au Ministre italien du commerce (décembre 1999).

15. Le Défendeur considère que le seul élément avancé par le Consortium tendant à démontrer qu'il aurait saisi le Royaume du Maroc d'un différend est la lettre du 7 juillet 1999 demandant transmission au Ministre de l'Equipement des réclamations du Consortium.

Mais, selon le Défendeur, les directives du CCAG ne seraient ici applicables que par la référence qui y est faite par le Cahier des Clauses Administratives Particulières (CCAP) – ce qui leur ôterait leur valeur légale – et dans la mesure où il n'y aurait pas été dérogé, comme le prévoit l'article 2.2.1. Or, l'article 23 CCAP entraînerait précisément une telle dérogation aux dispositions de l'article 51 du CCAG : la transmission de la réclamation devait être faite non au Ministre mais au Président d'ADM. La demande de transmission des réclamations au Ministre, qui ne pouvait être pris ici qu'en sa

qualité de Président d'ADM, était ainsi la simple application de la procédure contractuelle prévue en cas de difficultés d'exécution du marché. Il ne s'agirait donc pas de la tentative de règlement amiable prévue à l'article 8 de l'Accord bilatéral.

S'agissant des lettres de 1996 / 1997, le Royaume du Maroc déclare qu'elles se réfèrent à une période de grandes difficultés d'exécution qui ont suscité l'intervention du Ministre en sa qualité d'autorité concédante.

Quant aux lettres échangées dans le cadre des relations diplomatiques, elles se réfèrent à des difficultés contractuelles et non à l'Accord bilatéral.

Le Royaume du Maroc observe enfin que le grief de traitement discriminatoire du Consortium dans l'attribution des travaux relatifs au lot 3A n'a jamais été soulevé avant la requête d'arbitrage du 6 juin 2000.

B. Décision

16. Au vu des documents échangés entre les parties et de leurs explications orales, pour se prononcer sur le caractère prématuré de la requête en arbitrage, le Tribunal arbitral doit rechercher si :
- a) le Royaume du Maroc a été saisi d'une requête tendant au règlement amiable des différends nés du marché en cause ;
 - b) la requête de règlement amiable concernait les demandes formulées par la requête d'arbitrage ;
 - c) un délai de six mois au moins s'est écoulé entre les deux requêtes.
- a) **Le Royaume du Maroc a-t-il été saisi d'une demande de règlement amiable des différends relatifs au marché ?**

17. L'article 8 de l'Accord bilatéral dispose :

- « 1) *Tous les différends ou divergences, y compris les différends relatifs au montant de l'indemnisation à verser en cas d'expropriation, nationalisation ou mesures analogues, entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante concernant un investissement dudit investisseur sur le territoire de la première Partie contractante devront, dans la mesure du possible, être réglés à l'amiable.*
- 2) *Si les différends ne peuvent être réglés à l'amiable dans un délai de six mois à compter de la date de la requête, présentée par écrit, l'investisseur concerné pourra soumettre le différend soit :*
- a) *à la juridiction compétente de la Partie contractante concerné;*
 - b) *à un tribunal arbitral ad hoc, conformément au règlement arbitral de la commission de l'ONU sur le droit commercial international ;*
 - c) *au Centre international pour le règlement des différends sur les investissements (CIRDI) pour la mise en œuvre des procédures 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.*
- 3) *Les deux Parties contractantes s'abstiendront de traiter, par les voies diplomatiques, toute question relative à un arbitrage ou à une procédure judiciaire en cours, tant que ces procédures ne seront pas terminées et qu'une des parties en cause n'ait obtempéré au jugement du tribunal arbitral ou du tribunal ordinaire désigné, dans les délais d'exécution fixés dans le jugement ou dans les délais à établir autrement, sur la base de la réglementation du droit international ou national applicable en l'espèce. »*

18. Les différends visés opposent nécessairement un investisseur à un Etat. La tentative obligatoire de règlement amiable imposée par l'article 8.2 concerne les mêmes parties. Le Consortium, investisseur italien, doit donc avoir recherché un règlement amiable avec le Royaume du Maroc.

19. Il n'est pas contesté que le marché conclu entre ADM et le Consortium est un marché public.

L'article 2.2.1 du CCAP dispose :

« L'entrepreneur reste par ailleurs soumis aux textes généraux suivants et qui ne figurent pas dans le Dossier du Marché :

Le Cahier des Clauses Administratives Générales (CCAG) applicables aux marchés de travaux exécutés pour le compte du Ministère des Travaux Publics et des Communications approuvé par le Décret Royal n° 209-65 en date du 23 Joumada II 1385 (19 octobre 1965) rendu applicable aux administrations publiques par le Décret Royal n° 151-66 du 29 Safar 1386 (18 juin 1966) sauf les dérogations expressément stipulées au présent Cahier des Clauses Administratives Particulières. »

L'article 18 alinéa 1 du CCAP dispose :

« En cas de contestations entre le Maître d'Ouvrage et l'Entrepreneur, il sera fait recours à la procédure prévue par les Articles 50 et 51 du CCAG. »

L'article 18 ne déroge pas aux dispositions du CCAG mais y renvoie expressément.

Sous l'intitulé « *Représentation du Maître de l'Ouvrage* », l'article 23 du CCAP dispose :

« Dans l'ensemble des textes généraux objet de l'Article 2, les fonctions sont attribuées comme il suit :

<i>Ministre</i>	-	<i>Président</i>
<i>Ingénieur en Chef</i>	-	<i>Directeur Général »</i>

20. Le Royaume du Maroc souligne à juste titre que le CCAP, document *contractuel* ayant vocation à régir les relations entre ADM et le Consortium ne peut valoir *attribution* au Ministre de la fonction de Président d'ADM. Mais il ne peut en déduire que le CCAP a soustrait à l'autorité du Ministre la connaissance des contestations de l'entrepreneur pour les soumettre à l'autorité distincte du Président d'ADM. La confusion de qualités, sur la tête du

Ministre, qui résulte de l'organisation des structures d'intervention des autorités marocaines en matière d'autoroutes ne saurait être invoquée pour soutenir que ce que le Ministre a connu en une qualité, d'ailleurs implicitement déduite de la référence à l'article 51 CCAG, il l'aurait ignorée en une autre qualité.

21. Le Tribunal observe d'ailleurs que le Ministre est intervenu en cette qualité à plusieurs reprises dans l'exécution du marché. C'est notamment à titre de Ministre de l'Équipement qu'il a chargé, courant 1997, une commission présidée par le Secrétaire Général du Département d'élaborer un protocole d'accord résolvant les difficultés opposant alors le Consortium à ADM.

Le Royaume du Maroc n'est donc pas fondé à soutenir que l'application de l'article 51 CCAG relatif aux contestations impliquait transmission au Ministre en sa qualité de Président d'ADM alors que c'est en qualité de Ministre qu'il avait précédemment participé à la recherche d'un protocole d'accord prévenant des contestations.

22. Le Tribunal précise que l'article 8.2 de l'Accord ne fixe aucune procédure à suivre relativement à l'obtention d'un règlement amiable du différend entre les deux parties. Cet article se contente de fixer un délai de six mois durant lequel les parties devront essayer de résoudre leurs différends à l'amiable. Ce Tribunal n'a pas pour mission de fixer des règles rigides que les Parties auraient dû suivre, mais se contente de rechercher s'il est possible de déduire de l'ensemble des actions des Parties que, moyennant le respect d'un délai de six mois, les demanderesse ont effectivement fait les démarches nécessaires et opportunes auprès des autorités correspondantes en vue d'obtenir un accord mettant fin au différend.

Le Tribunal conclut donc que la lettre du 7 juillet 1999 et la lettre annexée du 5 avril précédent constituent une requête écrite tendant au règlement amiable

des différends et remplit la condition requise par l'Accord bilatéral quant au destinataire de cette requête.

b) La requête tendait-elle à régler amiablement les différends soumis au Tribunal arbitral ?

23. Le Royaume du Maroc ne conteste pas l'identité des griefs, à l'exception de celui qui repose sur le traitement discriminatoire qu'aurait subi le Consortium dans l'attribution du lot 3A.

24. Il est exact que la lettre du 7 juillet 1999 et son annexe datée du 5 avril 1999 ne se réfèrent pas à ce grief. Cependant, le Consortium fait valoir à juste titre que la tentative de règlement amiable qui doit précéder la requête d'arbitrage doit permettre au défendeur de prendre conscience du différend par un « *signal fort* » et de mettre en œuvre les moyens d'apurer le contentieux. Le processus de règlement amiable aurait certes permis au Consortium de faire valoir l'ensemble de ses griefs, lesquels, sans être indivisibles, étaient liés. Mais le refus de règlement amiable opposé par le Royaume du Maroc rendait illusoire une demande explicite de règlement amiable du différend du traitement discriminatoire dont le Consortium prétend avoir été victime dans l'attribution du lot 3A. Le Tribunal estime que la tentative de règlement amiable doit essentiellement comporter l'existence de griefs et la volonté de leur trouver une solution non juridictionnelle. Elle n'a pas besoin d'être complète ni détaillée.

25. Le Tribunal considère en conséquence que l'invocation du grief relatif au lot 3A dans la requête d'arbitrage n'est pas irrecevable au titre de l'exigence d'une tentative de règlement amiable préalable à l'arbitrage.

c) Le délai de 6 mois a-t-il été respecté ?

26. La requête d'arbitrage a été déposée le 6 juin 2000, soit près de 11 mois après la demande de règlement amiable constituée par la lettre du 7 juillet 1999.
27. **En conclusion**, le Tribunal arbitral considère que le grief de prématurité de la requête d'arbitrage est infondé au regard des exigences de l'article 8.2 de l'Accord bilatéral.

II. DE L'INCOMPÉTENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL

28. Le Royaume du Maroc a soulevé l'exception d'incompétence du Tribunal arbitral en invoquant la renonciation, selon lui, du Consortium à l'option de compétence de l'article 8 de l'Accord bilatéral (1), ainsi qu'une incompétence *ratione personae* (2) et *ratione materiae* (3).

1. La renonciation à l'option de compétence de l'article 8 de l'Accord bilatéral

29. Le Royaume du Maroc considère que le Consortium est lié par l'article 18 CCAP qui contient un renvoi à la procédure prévue par les articles 50 et 51 du CCAG, dont le contenu renvoie à son tour aux tribunaux de Rabat pour la résolution des litiges découlant de l'exécution du contrat d'entreprise. En stipulant le recours à la procédure prévue dans cette disposition et en la mettant en œuvre, le Consortium aurait renoncé à toute autre voie de résolution des différends.
30. Le Consortium considère que le recours à l'article 52 CCAG résulte de la loi et n'est pas l'expression d'un choix. L'attribution de compétence aux tribunaux administratifs serait nulle. C'est uniquement au moment où surgirait le

différend que se manifesterait le choix de l'investisseur. L'Accord bilatéral l'emporterait sur la loi de sorte que le Consortium pourrait exercer le choix qu'ouvre ledit Accord. A supposer même que la clause d'attribution de juridiction contenue dans le marché exprime une volonté contractuelle, celle-ci ne pourrait supprimer le choix ouvert par l'Accord bilatéral que si la renonciation à celui-ci ou l'exclusivité des juridictions de Rabat avaient été expressément manifestées.

31. En général, la compétence juridictionnelle du CIRDI réside dans le consentement des parties au différend, à savoir un Etat contractant et le ressortissant d'un autre Etat contractant.

Au sujet des conditions formelles de validité de la manifestation de ce consentement, l'article 25.1 de la Convention de Washington (ci-après : « la Convention ») ne prévoit qu'une seule condition : que le consentement soit donné par écrit. Quant au moment auquel le consentement doit être manifesté, on peut déduire de la Convention qu'il doit exister avant le dépôt d'une requête en conciliation ou arbitrage puisque cette requête doit, pour être susceptible d'enregistrement, préciser la date et la nature des documents relatifs au consentement des parties (G. R. DELAUME, *Le Centre International pour le règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)*, in *Journal du Droit International*, 1982, p. 775 ss.).

Le consentement auquel se réfère l'article 25.1 de la Convention peut avoir trois sources : une clause contenue dans un contrat conclu entre l'Etat et l'investisseur ; le droit interne, soit habituellement un code ou une loi sur les investissements ; ou le droit international, au moyen d'une clause contenue dans un accord bilatéral ou multilatéral.

Or, l'article 8 de l'Accord bilatéral dispose :

- 2) *Si les différends ne peuvent être réglés à l'amiable dans un délai de six mois à compter de la date de la requête, présentée par écrit, l'investisseur concerné pourra soumettre le différend soit :*
- a) *à la juridiction compétente de la Partie contractante concernée ;*
 - b) *à un tribunal arbitral ad hoc, conformément au règlement arbitral de la commission de l'ONU sur le droit commercial international ;*
 - c) *au Centre international pour le règlement des différends sur les investissements (CIRDI) pour la mise en œuvre des procédures 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.*

Le caractère nécessaire et suffisant du consentement exprimé au moyen d'une clause de juridiction telle que celle citée ci-avant a été admis dans une sentence Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) c/ Republic of Sri Lanka (Yearbook Commercial Arbitration XVII (1992), p. 103).

En résumé, l'article 8 alinéa 2 lettre c constitue l'engagement unilatéral d'un Etat vis-à-vis de l'Etat national de l'investisseur de se soumettre au CIRDI comme partie défenderesse face à l'investisseur étranger qui en aura choisi la saisine.

Au vu de ces considérations, la notification d'une requête d'arbitrage au CIRDI par le demandeur constitue une manifestation valable de son consentement à la juridiction du Centre, parmi celles proposées par l'article 8 de l'Accord.

La compétence des tribunaux du contentieux administratif ne pouvant être prorogée, l'acceptation décrite ci-avant de la juridiction du CIRDI prévaudra sur le contenu de l'article 52 du CCAP, cet article ne pouvant constituer une véritable clause de prorogation de compétence régie par le principe de l'autonomie de la volonté.

2. Compétence *ratione personae*

A. Les moyens des Parties

32. Le Royaume du Maroc soutient que le Tribunal arbitral est incompétent *ratione personae* car il a été assigné à raison des actes imputés à ADM qui n'est pas une émanation de l'Etat. ADM est une société de droit privé, bénéficiant d'un patrimoine propre. Le fait que l'Etat exerce ses droits d'actionnaire et de concédant n'aurait pas pour effet d'entamer l'autonomie juridique d'ADM. La nature de marché public, exigée de tout contrat d'entreprise de travaux incorporés au domaine public, n'aurait pas d'influence sur la nature d'ADM, non plus que la perception d'une taxe parafiscale dont le bénéfice peut être attribué aux personnes morales de droit public ou de droit privé.
33. Le Consortium soutient qu'ADM est une entité de droit public nonobstant son statut de société anonyme. La composition du capital lors de sa constitution et du conseil d'administration, l'implication directe du Ministère de l'Equipement dans toutes les décisions fondamentales relatives au marché établiraient la participation active de l'Etat. Le marché de construction en cause est régi par le CCAG comme tous les travaux exécutés pour le compte de l'Etat et est soumis à la juridiction du Tribunal administratif, ce qui impliquerait nécessairement qu'il constitue un marché public. ADM est directement ou indirectement financée par l'Etat marocain. Les opérations de construction du réseau routier sont comptabilisées par l'Etat. ADM étant ainsi une entité publique liée par un marché public, tous les critères d'assimilation à l'Etat seraient réunis.

B. Décision

34. Les demandes du Consortium étant dirigées contre l'Etat et fondées sur la violation de l'Accord bilatéral, il n'est pas nécessaire, pour la détermination de la compétence du Tribunal, de savoir si ADM est une émanation de l'Etat. Mais cette question ayant été largement débattue par les parties et étant susceptible, le cas échéant, d'avoir une incidence sur le fond, le Tribunal estime utile de la trancher pour satisfaire à l'attente légitime des parties.

35. L'article 25.1 de la Convention dispose :

« La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant... »

Ni la Convention ni l'Accord bilatéral ne proposent la moindre définition de ce qu'il faut entendre par « Etat contractant ». La référence que fait la Convention à « telle collectivité publique » ou « tel organisme dépendant de lui » n'est pas importante à cet égard, car ADM ne remplit pas les conditions prescrites par la Convention de Washington pour être partie à la procédure. En général, est considéré comme étant une société étatique, toute société commerciale, dominée ou contrôlée de façon prédominante par l'Etat ou par des institutions étatiques, qu'elles soient dotées ou non d'une personnalité juridique. (Divers auteurs souscrivent à cette définition : L. J. BOUCHEZ, « The Prospects for International Arbitration : Disputes Between States and Private Enterprises », 8 *Journal of International Arbitration* pp. 81–115 (1, 1991) ; K.-H. BÖCKSTIEGEL, « Arbitration and State Enterprises : Survey on the National and International State of Law and Practice », *Arbitration International*, Vol.1, N° 2, 1985, pp. 195-199).

Pour déterminer le degré de contrôle et de participation d'un Etat à une société, le Tribunal, se référant à une sentence CIRDI rendue dans une affaire ayant opposé Emilio Agustín Maffezini au Royaume d'Espagne (Aff. CIRDI N° ARB/97/7), considère qu'il faut tenir compte des règles internationales qui régissent la responsabilité des Etats. L'examen de ce degré de contrôle et de participation d'un Etat à une société se fait au moyen de deux critères : l'un structurel, c'est-à-dire relatif à la structure de la société et notamment à son actionnariat, l'autre fonctionnel, c'est-à-dire relatif à la finalité de la société en question.

36. D'un point de vue structurel, le Tribunal considère que :

- ADM est une société commerciale constituée en société anonyme, conformément à la loi sur les sociétés de capitaux du 2 juin 1989, inscrite du Registre du Commerce depuis le 3 août 1989, possédant ainsi une personnalité juridique propre.
- Le capital social d'ADM est réparti de la manière suivante : le Trésor détient une participation de 77,79% ; celle des établissements publics est de 10,57% ; celle des banques et des institutions financières est de 5,17% ; celle des compagnies d'assurances est de 3% ; celle des sociétés commerciales et industrielles est de 2,67% ; celle enfin des bureaux d'études est de 0,81%.

Ainsi, ADM est détenue à hauteur d'au moins 89% par le Royaume du Maroc, à travers le Trésor et d'autres entités de droit public.

- Le fonctionnement et la gestion d'ADM sont régis par l'article 20 de ses statuts :

« La société est administrée par un Conseil composé de cinq membres au moins et de vingt au plus, nommés par l'Assemblée Générale Ordinaire ou par cooptation du Conseil. »

Par ailleurs, l'article 35 de ces mêmes statuts dispose :

« Les Assemblées Générales se composent de tous les actionnaires, quel que soit le nombre de leurs actions, pourvu qu'elles aient été libérées des versements exigibles. »

En vertu de ce qui a été exposé ci-avant, la participation majoritaire de l'Etat marocain au capital de la société ADM conditionne largement l'étendue de sa représentation au sein de l'Assemblée Générale, de même qu'au Conseil d'Administration. Pour s'en convaincre, il suffit de lire le procès-verbal du Conseil d'Administration du 18 mars 1998 (pièce M 47) qui dresse la liste de ses membres. Parmi ceux-ci se

trouvent notamment le Ministre de l'Equipeement, lequel exerce en même temps les fonctions de Président de la société, le Secrétaire Général du Ministère de l'Equipeement, le Directeur des Routes et de la Circulation Routière, le Directeur Général de l'Office de l'Exploitation des Ports, le Président Directeur Général de la Banque Nationale pour le Développement Economique, le Directeur du Budget, lesquels dépendent du Ministère de l'Economie et des Finances, etc.

- La participation majoritaire de l'Etat du Maroc au Conseil d'Administration de la société se traduit par un contrôle effectif de cette dernière, étant donné que, conformément à l'article 27 des statuts d'ADM :

« Le Conseil d'Administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de la Société et faire autoriser tous les actes ou opérations se rapportant à son objet, à l'exclusion seulement des actes expressément réservés à l'Assemblée Générale par les statuts ou par la Loi. »

- Enfin, un autre fait reflète l'intérêt évident de l'Etat marocain dans le fonctionnement et la gestion d'ADM. Ainsi, le procès-verbal (pièce M 47) atteste de ce que le poste de Président du Conseil d'Administration doit être occupé par la personne physique titulaire du poste de Ministre de l'Equipeement au moment où il siège. Le Tribunal rappelle pour le surplus qu'en 1995, c'est bien le Ministre des Travaux Publics, de la Formation Professionnelle et de la Formation des Cadres, qui, en tant que Président d'ADM, a procédé à l'appel d'offres ayant donné lieu à la souscription du marché objet du présent arbitrage.

En conséquence et d'un point de vue structurel, il est incontestable que la société ADM est une entité contrôlée et dirigée par l'Etat marocain, à travers le Ministre de l'Equipeement et divers organismes publics.

37. D'un point de vue fonctionnel, autrement dit si l'on s'attache maintenant au rôle et aux fonctions qu'exerce la société ADM :

- Conformément à ses statuts, « *ADM a pour objet principal la construction, l'entretien et l'exploitation d'autoroutes, de voies de communication à grande capacité, qui lui sont concédées par l'Etat.* »

Il est ainsi clair que le but social d'ADM poursuit la réalisation de tâches de nature étatique (construction, gestion et exploitation de biens relevant du service public répondant aux besoins structurels du Royaume du Maroc en matière d'infrastructures et de réseaux de communications efficaces).

38. La nature administrative du marché et de la législation qui le régit corrobore l'appréciation du Tribunal. Tant les dispositions du CCAG, applicables aux marchés de travaux publics exécutés pour le compte du Ministère des Travaux Publics et des Communications et approuvées par deux décrets royaux, que les conditions et les formes de passation des marchés, ainsi que certaines dispositions relatives à leur contrôle et à leur gestion, prévues par le Décret Royal n° 2-98-482 du 11 Ramadan 1419, illustrent ce qui vient d'être dit.

39. En dernier lieu, le Tribunal constate que le fait qu'un Etat puisse agir à travers une société ayant une personnalité juridique propre n'a plus rien d'inhabituel si l'on considère l'expansion extraordinaire qu'a connue l'activité administrative. Pour l'accomplissement de ses tâches, tout en prenant en considération les intérêts parfois divergents que défend l'économie privée, l'Etat a recours à une gamme variée de formes d'organisation, parmi lesquelles on trouve notamment celle des sociétés d'économie mixte, comparables à ADM, société détenue majoritairement par l'Etat, lequel, eu égard à la hauteur de sa participation (plus de 80%), la dirige et la gère. Toutes ces circonstances impriment un caractère résolument public à ladite société.

40. En conséquence, ADM étant, d'un point de vue tant structurel que fonctionnel, une entité que seul son statut juridique distingue de l'Etat, le Tribunal conclut que le Consortium a démontré qu'ADM est une société de l'Etat, agissant au nom du Royaume du Maroc.

3. Compétence *ratione materiae*

A. Les moyens des Parties

41. Le Royaume du Maroc soutient que la compétence *ratione materiae* du Tribunal arbitral est subordonnée :
- a) à l'existence d'un investissement tant au sens de l'Accord bilatéral qu'à celui de la Convention de Washington ;
 - b) à l'existence de demandes fondées sur la violation de l'Accord bilatéral.

a) La notion d'investissement

42. S'agissant de l'Accord bilatéral le Consortium considère que le marché concerné est un investissement selon les termes de l'article 1.c) et 1.e), lesquels visent « *les droits à toute prestation contractuelle ayant une valeur économique* » et « *tout droit de nature économique conféré par la loi ou par contrat* ». Le Royaume du Maroc aurait d'ailleurs admis que le marché soit ainsi qualifié en l'enregistrant conformément à la loi sur les investissements et en exonérant l'entrepreneur de la TVA.
43. Le Royaume du Maroc soutient que, considérés isolément, ces articles sont de nature à diluer la notion d'investissement dans celle, très générale, de droit économique. Les articles 1.c) et 1.e) devraient donc être lus à la lumière de l'alinéa 1 de l'article 1, lequel renvoie aux lois et règlements de l'Etat d'accueil

de l'investissement. C'est donc la loi marocaine qui devrait définir la notion d'investissement.

Selon la loi marocaine, l'opération en cause se définit, en vertu du décret n° 2-98-482 du 30 décembre 1998 comme un contrat d'entreprise, non un investissement.

Les éléments de preuve du Consortium ne sont pas déterminants :

- l'enregistrement auquel se réfère le Consortium se limitait à une exploitation de carrière et de station de béton pendant la durée du chantier de l'autoroute
- l'exonération de TVA bénéficiait à ADM, les infrastructures autoroutières étant inscrites dans un compte d'immobilisation. Le Consortium a bénéficié de ce régime parce que ADM, et elle seule, réalisait un investissement en exécutant la concession.

44. Le Consortium considère que la référence aux lois et règlements de l'Etat d'accueil ne concerne que les modalités de réalisation de l'investissement et non sa définition. La notion d'investissement ne devrait donc pas être limitée par renvoi aux lois et règlements visés à l'article 1 alinéa 1 de l'Accord bilatéral, mais par référence à l'article 1.g). Cette disposition exige que les droits visés notamment aux articles 1.c) et 1.e) aient fait l'objet de contrats approuvés par l'autorité compétente. Cette condition serait remplie en l'espèce. Le Royaume du Maroc le conteste.

45. S'agissant de la Convention de Washington, les deux parties admettent que celle-ci ne donne pas de définition de l'investissement.

46. Mais le Royaume du Maroc souligne que les données historiques, la pratique issue des sentences arbitrales et les opinions doctrinales établiraient qu'un

investissement au sein de la Convention suppose la réunion de divers critères: durée, apports, aléa (ne tenant pas à la simple inexécution d'un contrat), contribution au développement économique du pays d'accueil. Un contrat d'entreprise de 26 mois, dont la rémunération n'est assise sur aucun élément aléatoire ne satisferait pas à ces critères.

47. Le Consortium considère que la définition des investissements est donnée par l'Accord bilatéral. Dès lors que le marché de construction répond à la définition des articles 1.c) et 1.e) de cet accord et qu'il a été approuvé conformément à l'article 1.g), toute discussion sur la notion d'investissement au sens de la Convention de Washington serait inutile. Néanmoins, selon les critères exposés par le Royaume du Maroc, le marché serait de toute façon un investissement.

b) Le fondement des demandes

48. Le Royaume du Maroc observe que, dans sa requête d'arbitrage, le Consortium a fondé ses demandes sur la violation du contrat et de l'Accord bilatéral. Il considère que cet Accord exprime le consentement de l'Etat à l'arbitrage CIRDI. C'est donc sur le fondement de la violation de l'Accord bilatéral exclusivement que reposerait la compétence du Tribunal arbitral.
49. Le Consortium souligne que l'article 8 de l'Accord bilatéral permet de soumettre à l'arbitrage du CIRDI « *tous les différends (...) concernant un investissement* ». L'unicité du procès s'opposerait d'ailleurs à la distinction entre les demandes fondées sur l'inexécution du contrat et sur la violation de l'Accord bilatéral. La jurisprudence du CIRDI admettrait que le Tribunal arbitral puisse connaître des demandes fondées sur le contrat, interprétation que conteste le Royaume du Maroc.

Le Consortium considère, de surcroît, que le Royaume du Maroc aurait directement violé l'Accord, soit à titre contractuel en pesant sur l'exécution du marché de manière préjudiciable, attitude contraire à la maxime « *neminem laedere* », soit à titre de garant en raison de sa position au sein d'ADM. Le Royaume du Maroc aurait également violé des obligations spécifiques de l'Accord bilatéral (application des pénalités, mise en jeu des garanties l'une et l'autre abusives et assimilables à une mesure d'expropriation).

B. Décision

a) Sur l'existence d'un investissement

1. Au sens de l'Accord bilatéral :

50. La protection des investissements constitue le fondement de l'option de compétence prévue à l'article 8.2 de l'Accord bilatéral. Cet article a donc vocation à définir les investissements qui font l'objet de la protection de l'Accord.
51. Toutefois, dans la mesure où l'option de compétence a été exercée en faveur du CIRDI, les droits litigieux doivent également constituer un investissement au sens de l'article 25 de la Convention de Washington. Le Tribunal arbitral est donc d'avis que sa compétence dépend de l'existence d'un investissement tant au sens de l'Accord bilatéral que de celui de la Convention, suivant en cela la jurisprudence.

C'est dans ce sens que se sont prononcés divers tribunaux arbitraux en rendant des sentences dans lesquelles la notion d'investissement était controversée (cf. sentence du 9 mars 1998 dans l'affaire Fedax N.V. c/ la République du Venezuela, Journal du Droit International, 1999, p. 294 ss).

52. L'article 1 de l'Accord bilatéral dispose :

« Au sens du présent accord,

- 1) le terme "investissement" désigne toutes les catégories de biens investis après l'entrée en vigueur du présent accord par une personne physique ou morale, y compris le gouvernement d'une Partie contractante, dans le territoire de l'autre Partie contractante, conformément aux lois et règlements de ladite partie. Le terme "investissement" comprend notamment mais pas exclusivement :
 - a) les biens meubles et immeubles, ainsi que tout autre droit de propriété tels que les hypothèques, privilèges, gages, usufruits, liés à l'investissement ;
 - b) les actions, titres et obligations ou autres droits ou intérêts et titres d'Etat ou d'organismes publics ;
 - c) les créances capitalisées, y compris les revenus réinvestis, ainsi que les droits à toute prestation contractuelle ayant une valeur économique ;
 - d) les droits d'auteur, marques de fabrique, brevets, procédés techniques et autres droits de propriété intellectuelle et industrielle, savoir-faire, secrets commerciaux, noms commerciaux et fonds de commerce ;
 - e) tout droit de nature économique conféré par la loi ou par contrat, et toute licence et concession conformes aux lois et règlements en vigueur, y compris le droit de prospection, extraction et exploitation des ressources naturelles ;
 - f) capitaux et apports additionnels de capitaux employés pour le maintien et/ou l'accroissement de l'investissement ;
 - g) les éléments cités en c), d) et e) ci-dessus doivent faire l'objet de contrats approuvés par l'autorité compétente. »

Les parties se sont ainsi entendues sur un certain nombre d'hypothèses, non limitatives, qu'elles considéraient comme des investissements.

53. Le marché de construction fait naître pour l'entrepreneur un droit à une « prestation contractuelle ayant une valeur économique » visé à l'article 1.c). De même, l'entrepreneur est bénéficiaire d'un « droit de nature économique

conféré...[...].par contrat » visé à l'article 1.e). Le défendeur ne nie d'ailleurs pas que les droits du Consortium sont de même nature que ceux qui sont visés sous les lettres c) et e) de l'article 1.

54. Le Tribunal ne peut suivre le Royaume du Maroc dans sa thèse selon laquelle l'alinéa 1 de l'article 1 renverrait à la loi de l'Etat d'accueil de l'investissement pour la définition de celui-ci. En visant « *les catégories de biens investis (...) conformément aux lois et règlements de la dite partie* », la disposition en cause se réfère à la régularité de l'investissement et non à sa définition. Elle tend notamment à éviter que l'Accord bilatéral protège des investissements qui ne devraient pas l'être, notamment parce qu'ils seraient illicites.

Or, en l'espèce, c'est dans le respect des règles légales applicables à l'appel d'offres que le demandeur a participé à la procédure de soumission. Et c'est encore conformément à la législation en vigueur qu'au terme de ladite procédure, celui-ci s'est vu adjudger les travaux et a conclu le contrat d'entreprise correspondant.

Ainsi, que l'on considère la phase pré-contractuelle ou celle correspondant à l'exécution du contrat d'entreprise, il n'a jamais été démontré que le Consortium aurait enfreint les lois et les règlements du Royaume du Maroc.

55. Pour constituer des investissements, les droits énumérés sous les lettres c) et e) « *doivent faire l'objet de contrats approuvés par l'autorité compétente* » aux termes de l'article 1.g).

L'Accord bilatéral n'indique pas qui est l'autorité compétente, celle-ci étant susceptible de varier en fonction du contrat en cause. L'autorité compétente est déterminée selon les lois et règlements de l'Etat sur le territoire duquel sont réalisés les investissements (cf. article 1 alinéa 1).

56. Le défendeur admet que l'attribution du marché au Consortium s'est effectuée conformément à la procédure fixée par le Président d'ADM agissant en vertu

des pouvoirs qui lui ont été conférés par le Conseil d'Administration de cette société. Il n'allègue pas qu'il y ait eu une infraction aux lois et règlements du Royaume du Maroc. Mais, il considère que l'autorité compétente ne peut être que l'Etat – partie à l'Accord bilatéral, impliqué directement « *à l'instar d'une concession* ».

Le Tribunal constate, sans avoir à rechercher ici si ADM était ou non une simple émanation de l'Etat marocain, qu'en sa qualité de concédant le Ministère de l'Equipeement a par avance approuvé la conclusion par ADM de marchés de travaux publics suivant la procédure imposée et dont il n'est pas allégué qu'elle n'ait pas été suivie. En déclarant que le Ministre en sa qualité d'autorité concédante était intervenu en 1997 pour dénouer les difficultés d'exécution du marché le Royaume du Maroc témoigne, de surcroît, de l'approbation implicite de la conclusion du marché.

57. En conséquence, le Tribunal considère que la condition de l'article 1.g) est remplie. Le marché conclu entre ADM et le Consortium est un investissement au sens de l'Accord bilatéral. L'option de compétence de l'article 8.2 pouvait donc s'exercer en faveur d'une procédure arbitrale sous l'égide du CIRDI.

2) Au sens de la Convention de Washington :

58. La compétence du CIRDI est déterminée par l'article 25 de la Convention de Washington qui dispose :

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

59. Aucune définition de l'investissement n'est donnée par la Convention. Les deux parties ont rappelé qu'une telle définition était apparue inutile aux représentants des Etats qui l'avaient négociée. En effet, comme l'indique le Rapport des Administrateurs sur la Convention :

« Il n'a pas été jugé nécessaire de définir le terme "investissement" compte tenu du fait que le consentement des parties constitue une condition essentielle et compte tenu du mécanisme par lequel les Etats contractants peuvent, s'ils le désirent, indiquer à l'avance les catégories de différends qu'ils seraient ou ne seraient pas prêts à soumettre au Centre (article 25.4) ».

60. Le Tribunal note qu'il n'a eu presque pas d'affaires où la notion d'investissement au sens de l'article 25 de la Convention a été soulevée. Pour autant, il serait inexact de considérer que l'exigence d'un différend « *en relation directe avec un investissement* » s'est diluée dans le consentement des parties contractantes. Au contraire, la jurisprudence du CIRDI et les auteurs s'accordent sur le respect de l'exigence d'un investissement comme condition objective de la compétence du Centre (cf. notamment la note de E. GAILLARD, *in* Journal du Droit International, 1999, p. 278 ss, lequel cite la sentence rendue en 1975 dans l'affaire Alcoa Minerals c/ Jamaïque ainsi que plusieurs auteurs).

Les critères à retenir pour définir l'investissement, au sens de la Convention, seraient plus faciles à circonscrire si l'on disposait de sentences constatant l'incompétence du Centre à raison de l'opération ayant suscité le différend. A l'exception d'une décision du Secrétaire Général du CIRDI refusant d'enregistrer une requête d'arbitrage concernant un différend né d'une simple vente (I. F. I. SHIHATA ET A. R. PARRA, « The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes », ICSID Review, Foreign Investment Law Journal, Vol. 14, No. 2, 1999, p. 308.), les sentences disponibles ne se sont que très rarement penchées sur la notion d'investissement. De manière significative, la première décision n'est intervenue qu'en 1997 (sentence *Fedax* citée ci-avant). Les critères de

qualification se dégagent donc d'espèces dans lesquelles le caractère d'investissement a été reconnu sans qu'il y ait eu, dans la presque totalité des cas, de véritable discussion à cet égard.

La doctrine considère généralement que l'investissement suppose des apports, une certaine durée d'exécution du marché et une participation aux risques de l'opération (cf. note de E. GAILLARD citée ci-avant, p. 292). La lecture du préambule de la Convention permet d'y ajouter le critère de la contribution au développement économique de l'Etat d'accueil de l'investissement.

En vérité, ces divers éléments peuvent être interdépendants. Ainsi, les risques de l'opération peuvent être fonction des apports et de la durée d'exécution du marché. Il en résulte que ces divers critères doivent être appréciés dans leur ensemble même si, pour les besoins du raisonnement, le Tribunal les passe ici en revue.

61. Les apports du Consortium sont détaillés et évalués dans ses écritures. Il a ainsi procédé à des transferts au Maroc de fonds, d'équipement, de personnel et de know how pour un montant de 316.938.686,06 MAD. Le Consortium justifie avoir créé un établissement secondaire enregistré au registre du commerce tenu au Tribunal de Première Instance de Casablanca pour une activité d'« *Entreprise de travaux divers ou construction marchand importateur* ». Il justifie avoir importé du matériel neuf ou d'occasion dans le cadre d'un programme d'investissement pour l'exploitation de carrières et la production de gravette et béton destinés à la construction de l'autoroute Fès-Rabat. Le Consortium a ainsi réalisé des apports en numéraire, en nature et en industrie.

62. Le contrat conclu entre ADM et le Consortium prévoyait une durée totale d'exécution de 20 mois. L'avenant n°1, signé le 5 septembre 1997, a repoussé la date ultime d'achèvement de l'échangeur de la voie de contournement de

Fès au 28 février 1998. L'opération satisfait ainsi à la durée minimale observée par la doctrine qui est de 2 à 5 ans (D. CARREAU, Th. FLORY, P. JUILLARD, « Droit International Economique, 3^{ème} ed., Paris : LGDJ, 1990, pp. 558-578 ; C. SCHREUER, « Commentary on the ICSID Convention », ICSID Review –FILJ, vol. 11, 1996, 2, pp. 318-493).

63. Les risques encourus par le Consortium découlent de la nature du contrat. Le Consortium fait valoir, à juste titre, que le double caractère de marché public est de fait courir des risques à l'entrepreneur. Les prérogatives du maître d'ouvrage lui permettant de mettre fin prématurément au contrat, d'imposer des variations dans certaines limites sans modifier la clé de fixation du prix. Les variations des coûts de production sont autant de risques.
64. Peu importe à cet égard que ces risques aient été librement consentis. Peu importe également le fait que la rémunération de l'entrepreneur n'ait pas été liée à l'exploitation de l'ouvrage construit. Une construction qui s'étale sur plusieurs années dont le coût ne peut être établi avec certitude par anticipation crée un risque manifeste pour l'entrepreneur.
65. S'agissant enfin de la contribution du marché au développement économique de l'Etat marocain, celle-ci ne peut sérieusement être discutée. La construction des infrastructures relève, dans la plupart des pays, des tâches de l'Etat ou d'autres collectivités publiques. Il ne peut être sérieusement contesté que l'autoroute en cause servira l'intérêt public. Enfin, le Consortium était également à même d'apporter à l'Etat d'accueil de l'investissement un savoir-faire en relation avec l'ouvrage à réaliser.
66. En conséquence, le Tribunal considère que le marché conclu entre ADM et le Consortium constitue un investissement tant au sens des articles 1 et 8 de l'Accord bilatéral conclu entre le Royaume du Maroc et l'Italie le 18 juillet 1990 que de l'article 25 de la Convention de Washington.

b) Sur le fondement des demandes

67. L'article 8 de l'Accord bilatéral offre une option de compétence relativement à :

« Tous les différends ou divergences, y compris les différends relatifs au montant de l'indemnisation à verser en cas d'expropriation, nationalisation ou mesures analogues, entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante concernant un investissement dudit investisseur sur le territoire de la première Partie contractante... ».

Les termes de l'article 8 sont très généraux. La référence aux mesures d'expropriation et de nationalisation, lesquelles relèvent de la volonté unilatérale d'un Etat, ne saurait être interprétée dans le sens d'une exclusion de tout grief d'origine contractuelle du champ d'application de cet article.

68. Par contre, le Tribunal considère que son champ d'application quant à la nature des différends est limité quant aux personnes. Dans l'hypothèse où l'Etat a organisé un secteur d'activité par l'intermédiaire d'une personne morale distincte, fût-elle une émanation de celui-ci, il n'en découle pas pour autant qu'il a accepté a priori que l'offre de compétence de l'article 8 le lie à raison des manquements contractuels de cette entité.

En d'autres termes, l'article 8 oblige l'Etat à respecter l'offre de compétence à raison des violations de l'Accord bilatéral et de tout manquement à un contrat qui le lierait directement. L'offre de compétence de l'article 8 ne s'étend pas par contre aux violations d'un contrat auquel une entité autre que l'Etat est nommément partie.

69. Mais cette restriction à la compétence du Tribunal arbitral ne s'applique qu'aux demandes qui reposent sur la seule violation du contrat.

En revanche, le Tribunal arbitral demeure compétent pour les violations du contrat qui constitueraient en même temps, à la charge de l'Etat, une violation de l'Accord bilatéral.

70. Le Consortium a expressément précisé dans ses écritures que « *plusieurs violations se sont concrétisées comme violation d'autres provisions générales et spécifiques du Traité* ». Il a ultérieurement indiqué que « *toutes les demandes qui ont été soumises au Tribunal arbitral par RFCC se situent dans le domaine des violations du Traité bilatéral...* » et de l'obligation de l'article 2 alinéa 2. Le Consortium a ajouté que certaines demandes étaient fondées « *sur des violations de devoirs particuliers (...) dérivant du Traité* » sous la qualification de mesures injustes d'expropriation (application abusive des pénalités ; mise en jeu abusive des garanties) et traitement discriminatoire. Il a considéré que le Royaume du Maroc avait violé le Traité et mis en jeu sa responsabilité par son action dans l'exécution du contrat. Cette position a été réaffirmée à l'audience de plaidoirie.
71. Les demandes, ainsi formulées, entrent dans la compétence du Tribunal arbitral. Il appartiendra à la partie demanderesse d'en démontrer le bien fondé dans la suite de la procédure arbitrale.
72. Le Tribunal réserve la question des frais et honoraires de l'arbitrage.

PAR CES MOTIFS

Le Tribunal se déclare compétent pour connaître des demandes du Consortium, telles qu'elles sont formulées, étant précisé qu'il n'est pas compétent pour connaître des manquements éventuels au seul contrat conclu entre le Consortium et ADM et qui ne constituent pas en même temps une violation de l'Accord bilatéral.

Le 16 juillet 2001

Maître Robert Briner

Maître Bernardo Cremades

Professeur Ibrahim Fadlallah