

Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements

CIRDI

Washington, D.C.

dans la procédure

CONSORTIUM RFCC

(Demandeur)

contre

ROYAUME DU MAROC

(Défendeur)

Aff. N° ARB/00/6

SENTENCE ARBITRALE

Membres du Tribunal

Maître Robert Briner, Président

Maître Bernardo M. Cremades, Arbitre

M. le Professeur Ibrahim Fadlallah, Arbitre

Secrétaire du Tribunal

Mme Gabriela Alvarez-Avila

Date d'envoi aux parties : 22 décembre 2003

Conseils*Pour le demandeur*

Maître Piero G. Parodi, Studio Avvocati, Milan

Maître Hamid Andaloussi, Avocat au Barreau de Casablanca

Pour le défendeur

Maître Christian Camboulive, Gide Loyrette & Nouel, Paris

Monsieur Ahmed Zejjari, Directeur des Affaires Juridiques du Ministère de l'Équipement

Monsieur le Bâtonnier Mohamed Naciri, Avocat au Barreau de Casablanca

Maître Aurélia Antonietti, Gide Loyrette & Nouel, Paris

Maître Gaëlle Le Quillec, Gide Loyrette & Nouel, Paris

TABLES DES MATIERES*

| | |
|---|----|
| I. INTRODUCTION..... | 7 |
| II. FAITS | 7 |
| III. PROCEDURE..... | 9 |
| IV. DISCUSSION..... | 13 |
| 1. RESUME DES PRETENTIONS ET POSITIONS DES PARTIES..... | 13 |
| 1.1 Le Consortium | 14 |
| 1.2 Le Royaume du Maroc | 18 |
| 2. APPLICATION DE LA DECISION SUR LA COMPETENCE. | 19 |
| 2.1 Rappel de la portée du dispositif de la décision sur la compétence | 19 |
| 2.2 La position des parties..... | 20 |
| 2.2.1 La position du Consortium | 20 |
| 2.2.2 La position du Royaume du Maroc | 21 |
| 2.3 Décision du Tribunal..... | 21 |
| 3. LES VIOLATIONS DE L'ACCORD BILATERAL | 23 |
| 3.1. L'assimilation d'un manquement contractuel à une violation de l'Accord bilatéral..... | 23 |
| 3.1.1 La position du Consortium | 24 |
| 3.1.2 La position du Royaume du Maroc | 24 |
| 3.1.3 Décision du Tribunal | 30 |
| 3.2 Les violations des obligations spécifiques de l'Accord bilatéral..... | 30 |
| 3.2.1 Les violations alléguées par le Consortium | 30 |
| 3.2.2 Interprétation des dispositions matérielles du Traité | 31 |
| 3.2.2.1 Art. 2(2) de l'Accord bilatéral: l'obligation d'assurer un traitement juste et équitable..... | 31 |
| 3.2.2.2 Art. 3 de l'Accord bilatéral: Clause de la nation la plus favorisée et traitement national | 34 |
| 3.2.2.3 Art. 4 de l'Accord bilatéral: Indemnisations pour dommages ou pertes | 35 |

* The page numbering in this Table of Contents refers to the page numbering in the original award.

| | |
|--|----|
| 3.2.2.4 Art. 5 de l'Accord bilatéral: Nationalisation ou expropriation | 36 |
| 3.2.2.4.1 Analyse de l'article 5 | 37 |
| (i) Droit de propriété objet de l'expropriation | 37 |
| (ii) Mesure ayant des effets équivalents à l'expropriation. | 38 |
| 3.2.2.4.2 Interprétation retenue par le Tribunal | 41 |
| 3.2.3 Application des dispositions de l'Accord bilatéral aux réclamations du Consortium | 42 |
| 3.2.3.1 Violation de l'obligation de non-discrimination (art. 2(2) et 3 de l'Accord bilatéral) | 42 |
| (i) Position des parties | 42 |
| (ii) Décision du Tribunal | 43 |
| 3.2.3.2 Violation de l'obligation d'indemnisation pour dommages ou pertes (art. 4 de l'Accord bilatéral). | 45 |
| (i) Position des parties | 45 |
| (ii) Décision du Tribunal | 46 |
| 3.2.3.3 Manquements aux règles relatives à l'expropriation (art. 5 de l'Accord bilatéral) | 46 |
| (i) Position des parties | 48 |
| (ii) Décision du Tribunal | 49 |
| 3.2.3.4 Violation de l'obligation d'assurer un traitement juste et équitable (art. 2(2) de l'Accord bilatéral) | 51 |
| 3.2.3.4.1 Dénî de justice | 52 |
| (i) Position des parties | 52 |
| (ii) Décision du Tribunal | 52 |
| 3.2.3.4.2 Groupe 1: réclamation relative à la non attribution du lot 3A. | 54 |
| 3.2.3.4.3 Groupe 2: réclamations relatives à l'indemnisation des surcoûts occasionnés par l'augmentation de la masse et la modification de la nature des travaux | 55 |
| 3.2.3.4.4 Groupe 3: réclamation relative à l'indemnisation des surcoûts entraînés par les intempéries dites exceptionnelles ayant affecté la période antérieure à l'avenant n° 1 | 56 |
| 3.2.3.4.5 Groupe 4: réclamations relatives principalement à l'application des pénalités de retard et à la mise en jeu des garanties contractuelles. | 57 |
| 3.2.3.4.6 Groupe 5: réclamation relative à l'exclusion du Consortium du marché marocain. | 60 |
| (i) Position des parties | 60 |
| (ii) Décision du Tribunal | 61 |

| | |
|--|----|
| 4. L'IMPUTABILITE A L'ETAT DU MAROC DES VIOLATIONS DE L'ACCORD BILATERAL..... | 62 |
| 5. CONCLUSION..... | 62 |
| V. FRAIS DE L'ARBITRAGE | 62 |
| VI. DECISION | 63 |

I. INTRODUCTION

1. Le Tribunal 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

au Royaume du Maroc.

2. Le présent litige a pour objet le comportement dont aurait fait preuve le Royaume du Maroc (ci-après: l'Etat ou le défendeur) à l'occasion de la formation et de l'exécution d'un contrat de construction d'autoroute entre La Société Nationale des Autoroutes du Maroc et le Consortium RFCC (ci-après: le Consortium ou le demandeur), comportement qui, selon ce dernier, serait constitutif de plusieurs violations 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 (ci-après: l'Accord bilatéral ou le Traité).

II. FAITS

3. Le Tribunal exposera succinctement, ci-après, le contexte factuel à l'origine du présent litige. Dans la mesure utile à la solution de celui-ci, les faits pertinents seront établis plus en détails dans le cadre de la discussion au fond.

4. La Société Nationale des Autoroutes du Maroc (ci-après: ADM), société anonyme inscrite au registre du commerce le 3 août 1989 sous le numéro 29175, ayant son siège à Hay Ryad, Rabat, a pour objet de construire, entretenir et exploiter des autoroutes et ouvrages routiers divers en application des concessions qui lui sont octroyées à cette fin par l'Etat.

Agissant au nom de l'Etat, le Ministre marocain des Travaux Publics, de la Formation Professionnelle et de la Formation des Cadres a confié à ADM la concession pour la construction, l'exploitation et la maintenance de la section d'autoroute reliant Rabat à Fès¹.

¹ Voir pièce M5.

5. Se plaçant dans le cadre de cette concession, ADM a lancé, en août 1994, un appel d'offres international pour la construction de l'autoroute Rabat-Fès².

Les entreprises italiennes susmentionnées, représentées par un mandataire commun, ont soumissionné le 28 octobre 1994 pour l'attribution de deux lots: le lot 3A: RS 316-Meknès Est, et le lot 3B: Meknès Est- Fès³.

6. Le lot 3B a été attribué aux entreprises italiennes pour un prix de 169.639.591,20 Dirhams (ci-après : DH) et de 9.820.861,765 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, le 19 mai 1995, du marché 19/95 (ci-après: le contrat ou le marché) ayant une durée d'exécution prévue de 26 mois (pièce M12).

7. 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* »⁴. Le Consortium a étendu son activité à celle de « *marchand importateur* » en janvier 1996 et a été immatriculé comme tel le 19 février 1996⁵.

8. 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'Équipement, désigné à cette fin par le Ministre de l'Agriculture, de l'Équipement et de l'Environnement. 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. Une réception provisoire partielle a eu lieu le 14 avril 1998 et en date du 24 avril 1998 l'autoroute a été inaugurée par le Premier Ministre et ouverte au public. Le 31 juillet 1998, les parties ont signé un procès-verbal de réception provisoire des travaux⁶.

² Voir pièce M89.

³ Voir pièces M8 et M9.

⁴ Voir pièce C4.

⁵ Voir pièce C5.

⁶ Voir pièces C10; M20.

9. Un projet de décompte général et définitif a été communiqué par ADM au Consortium le 12 mars 1999 que ce dernier a refusé de signer. Une réunion ayant pour ordre du jour la signature du décompte finalisé s'est tenue le 25 mars 1999 à laquelle le Consortium n'a envoyé qu'un seul représentant, M. Perazini, qui a refusé de signer le document (pièces C12 ; M21).

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 titres⁷. 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 (CCAG)⁸. Aucune réponse n'a été reçue ni du Ministre de l'Équipement ni d'ADM.

10. Par lettre du 28 septembre 1999, ADM a appelé la garantie à première demande constituée, à titre de caution définitive pour l'exécution du marché, par le Consortium auprès la Banque Commerciale du Maroc, à hauteur de 8.201.187, 87 DH⁹.

III. PROCEDURE

Le Consortium a demandé:

- 287.590.695 DH 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 DH de dommages intérêts pour l'appel de ces garanties;
- 40.000.000 DH au titre de réparation du préjudice subi du fait du traitement discriminatoire qui lui avait été réservé dans l'attribution du lot 3A.

12. Le Consortium a désigné Maître Bernardo M. CREMADES (Espagne) en qualité d'arbitre. Le Royaume du Maroc a quant à lui désigné le Professeur

⁷ Voir pièces C13;M22.

⁸ Voir pièces C15; M24.

⁹ Voir pièce M25.

Ibrahim FADLALLAH (Liban). Les deux arbitres ont désigné, d'un commun accord, Maître Robert BRINER (Suisse) en qualité de Président du Tribunal arbitral. Le Tribunal arbitral a été constitué le 25 septembre 2000 en vertu de l'article 6 (1) du Règlement d'arbitrage du CIRDI. Le Secrétaire général a nommé Madame Gabriela Alvarez Avila, conseiller juridique du CIRDI, comme Secrétaire du Tribunal. Les parties ont convenu que l'arbitrage aurait lieu au siège de la Banque Mondiale, 66 avenue d'Iéna, 75116 Paris.

13. Une audience d'introduction a eu lieu le 27 octobre 2000 à Paris. Le Royaume du Maroc a soulevé une exception d'incompétence 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 s'est tenue à Paris le 4 mai 2001.

14. Le 16 juillet 2001, le Tribunal a rendu une décision sur la compétence dans laquelle il s'est déclaré

« 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 »,

tout en réservant la question des frais et honoraires de l'arbitrage à la sentence sur le fond.

15. Le Tribunal a décidé à l'audience du 18 octobre 2001 que les parties devraient présenter tous leurs arguments concernant la question au fond en deux échanges d'exposés écrits. Il a été précisé que les exposés devraient porter sur les violations de l'Accord bilatéral conclu entre la République Italienne et le Royaume du Maroc, la nature et l'objet des réclamations, le lien de causalité entre les réclamations et les violations de l'Accord bilatéral ainsi que sur le montant du dommage. Il a été décidé que le demandeur devrait déposer son mémoire au plus tard le 20 février 2002 et le défendeur son mémoire en réponse le 17 juin 2002. Il a été également décidé que le demandeur devait déposer sa réplique le 3 octobre 2002 et le défendeur sa duplique le 2 décembre 2002.

16. Le demandeur a inclus dans son mémoire en réplique une requête visant à ce que le Tribunal statue une deuxième fois sur la compétence. Le Tribunal a répondu par une Ordonnance de procédure Numéro 1 datée du 12 décembre 2002 qu'une autre décision sur la compétence n'était pas indiquée étant donné

que la question de la compétence de principe avait été tranchée dans la décision sur la compétence du 16 juillet 2001.

17. Lors de l'audience sur le fond qui s'est tenue à Paris du 17 au 20 mars 2003, il a été procédé à l'audition des témoins appelés par les deux parties, à savoir:

- *pour le demandeur:*
 - M. Norberto MOSER
 - M. Aristide BOSI
 - M. Giancarlo PERAZZINI
- *pour le défendeur:*
 - M. Hachem TAHIRI
 - M. Ahmed TAHOUR
 - M. Omar Fikrat
 - M. Otmane FASSI-FEHRI

Les conseils des parties ont ensuite exposé leurs plaidoiries sur le fond.

Le Président du Tribunal a constaté que les parties étaient d'accord avec la procédure telle qu'elle s'était déroulée jusqu'alors et constaté cet accord dans le procès-verbal d'audience signé de lui-même et de la Secrétaire du Tribunal, les 27 et 28 mars 2003.

18. Les parties ont soumis au Tribunal leur mémoire après audience sur le fond respectivement le 16 mai et le 9 juillet 2003.

19. Par lettre du 14 juillet 2003, le Consortium a fait valoir que le mémoire après audience du Royaume du Maroc constituait un véritable mémoire supplémentaire sur le fond, dépassant le cadre fixé par le Tribunal. En outre, le Consortium s'est plaint du fait que le Royaume du Maroc aurait disposé d'un délai plus long pour déposer son mémoire après audience.

Le Tribunal considère que le mémoire après audience du Royaume du Maroc, certes plus volumineux que celui du Consortium, n'est qu'un résumé des arguments déjà présentés et ne contient aucun élément nouveau au sujet duquel le demandeur n'aurait pas eu l'occasion de se déterminer dans le cadre de ses écritures précédentes et lors de l'audience sur le fond. Le contenu de ce mémoire n'est ainsi pas de nature à modifier le résultat des délibérations du Tribunal. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de rendre une décision formelle

quant à sa recevabilité et d'autoriser le demandeur à y répondre, et ce d'autant plus que le Consortium n'a pas formulé de requête formelle en ce sens.

20. Les conclusions du Consortium, complétées et précisées au vu des différents échanges entre les parties, ont été présentées dans son mémoire final. Le Consortium demande ainsi au Tribunal:

- d'admettre ses demandes comme bien fondées;
- de faire droit à ses requêtes à titre principal ainsi qu'au titre de dommages et intérêts dont le montant, incluant les intérêts, s'élève à la somme de 72.186.174,35 EUROS;
- de condamner le Royaume du Maroc à verser cette somme au Consortium;
- de condamner le Royaume du Maroc à supporter l'intégralité des frais et dépens de l'instance arbitrale, ainsi que les frais d'avocats engagés par le Consortium pour sa défense.

21. De son côté, le Royaume du Maroc demande au Tribunal de:

- déclarer ses objections bien fondées;
- débouter le demandeur de l'ensemble de ses demandes;
- condamner le demandeur à supporter l'intégralité des frais d'arbitrage, ce y compris les frais de conseils exposés par le défendeur.

22. La clôture de la procédure a été prononcée par le Tribunal le 6 août 2003.

23. Après délibérations, le Tribunal a rendu la présente sentence.

IV. DISCUSSION

1. RESUME DES PRETENTIONS ET POSITIONS DES PARTIES

24. Le Tribunal résumera brièvement, ci-après, les prétentions et positions respectives des parties. Dans la mesure utile à la solution du litige, les faits allégués et les moyens avancés par les parties seront examinés plus en détail dans la suite de la discussion.

1.1 Le Consortium

25. Le Consortium a présenté 29 réclamations, lesquelles peuvent être regroupées et résumées comme suit:

- *Groupe 1*: constitué par la réclamation 2.01- *non attribution du lot 3A*. Le Consortium qualifie cette réclamation d' « *extra-contractuelle* » (mémoire en réplique, p. 224 à 226)

En substance, le Consortium soutient avoir fait l'objet d'un traitement discriminatoire dans le cadre de l'attribution du lot 3A: bien que son offre pour le lot 3A fût la moins disante, ce lot aurait été attribué à un groupement marocain pour des raisons politiques. Les arguments avancés par ADM pour justifier la non attribution du lot 3A au Consortium, à savoir principalement le risque de change lié à l'offre du Consortium libellée en partie en devise étrangère ainsi que les prétendues carences de l'offre au niveau technique et financier, sont infondés ; ils ne serviraient en réalité qu'à masquer les raisons politiques qui ont dicté le choix du groupement marocain.

- *Groupe 2*: constitué par un ensemble de réclamations, qualifiées par le Consortium de « *contractuelles* » (mémoire en réplique, p. 198 ss), et afférentes à une demande d'indemnisation pour compenser les surcoûts occasionnés par « *l'augmentation de la masse et la modification de la nature des travaux* ». Peuvent être rangés dans cette catégorie les réclamations suivantes: 2.02-installations de chantier, 2.03-piquetage spécial, 2.04-déviations provisoires, 2.05-déblais, 2.06-emprunts de matériaux, 2.07-transport, 2.08-dépôts définitifs, 2.09-fossés bétonnés D1, 2.10-drains en zone de déblais, 2.11-perrés maçonnés pour ouvrages hydrauliques, 2.12-regards de visite, 2.13-joints waterstop, 2.14-travaux non contractuels échangeur Fès, 2.15-traitement du Karst, 2.16-ouvrages hydrauliques supplémentaires, 2.20-densité des matériaux pour la GNA et la couche de forme, 2.21-bouleversement des travaux.

D'une manière générale, le demandeur fonde les réclamations qui précèdent sur des manquements contractuels de l'administration marocaine. Ainsi, il estime avoir supporté des surcoûts dans l'exécution de certains travaux en raison de défaillances de l'administration (mauvaise conception de l'avant-projet, libération tardive des emprises, retard dans la libération des sites, travaux supplémentaires non contractuels, etc.). Dans d'autres cas, il affirme que ADM n'aurait pas respecté les dispositions du marché relatives à la rémunération de plusieurs travaux. Pour compenser le préjudice en découlant, le Consortium réclame l'application de nouveaux prix ou la révision de certains prix.

- *Groupe 3*: constitué par la réclamation 2-19-météorologie, également qualifiée de « *contractuelle* » par le Consortium et relative à l'indemnisation

des surcoûts pour arrêts de chantier et mesures d'accélération consécutifs aux « *intempéries exceptionnelles* » ayant affectés la période antérieure à l'avenant n° 1.

En substance, le demandeur soutient que des intempéries exceptionnelles, dépassant toutes les prévisions, ont provoqué des arrêts de chantier d'une durée totale de huit mois et retardé ainsi l'exécution des travaux. Il en aurait résulté des surcoûts à la charge du Consortium pour l'immobilisation de ses moyens de production pendant les arrêts de chantier, ainsi que pour les mesures d'accélération que le Consortium a été contraint de prendre pour rattraper le retard dans l'exécution des travaux.

- *Groupe 4*: constitué par les réclamations suivantes, également qualifiées de « *contractuelles* » par le Consortium : 2.17-extensions des délais contractuels et pénalités, 2.18-accélération des travaux, 2.22-application TVA, 2.23-application de pénalité pour non respect de l'UNI, 2.24-intérêts sur restitution de l'avance, 2.25-intérêts sur paiements anticipés, 2.26-intérêts sur paiements retardés, 2.27-intérêts sur perception du profit contractuel, 2.28-garanties contractuelles. En substance, ces réclamations portent sur les point suivants:

(i) Extension des délais d'exécution des travaux

Le Consortium soutient qu'en raison des défaillances de l'administration marocaine dans l'exécution de ses obligations contractuelles (notamment le retard dans la libération des emprises et la délivrance des plans), conjointement avec les intempéries exceptionnelles, il aurait eu droit à une extension des délais d'exécution des travaux. Or, ADM ne lui a pas accordé une telle extension, lui a infligé des pénalités de retard et ne l'a pas indemnisé pour les surcoûts liés à sa présence prolongée sur le chantier, ainsi que pour les surcoûts liés aux mesures d'accélération prises pour rattraper le retard. Le Consortium réclame ainsi la restitution des pénalités de retard et l'indemnisation de ces surcoûts.

(ii) Pénalités techniques appliquées par ADM

Le Consortium conteste l'application par ADM d'une pénalité technique pour l'exécution de la couche de roulement de l'autoroute (UNI), au motif que, d'une part, les difficultés rencontrées dans l'exécution des travaux en partie imputables à l'administration marocaine ne lui ont pas permis de respecter les tolérances et que, d'autre part, les contrôles de l'UNI ont été effectués unilatéralement par ADM.

- (iii) Prélèvement d'intérêts par ADM, respectivement non perception d'intérêts par le Consortium

Le Consortium conteste le prélèvement par ADM d'intérêts sur la restitution de l'avance et le règlement anticipé des acomptes. A l'inverse, il prétend avoir droit à des intérêts moratoires en raison des paiements tardifs d'ADM et de la perception retardée du profit contractuel.

- (iv) Mise en jeu des garanties contractuelles

Le Consortium soutient que ADM a fait appel d'une manière abusive à la caution définitive déposée par lui auprès de la Banque Commerciale de la Banque du Maroc, et refusé sans droit de libérer les autres cautions émises par le Consortium. L'attitude d'ADM aurait en réalité eu pour but de faire pression sur le Consortium pour le contraindre à renoncer à ses autres réclamations¹⁰.

- *Groupe 5*: constitué par la réclamation 2.29-*exclusion du Consortium du marché marocain*, qualifiée par le Consortium d'« *extra-contractuelle* » (mémoire en réplique, p. 224).

Le Consortium soutient que le comportement d'ensemble du Royaume du Maroc, agissant à travers son émanation, ADM, a consisté à nier systématiquement les droits de l'entrepreneur (notamment le droit à des rémunérations supplémentaires et à l'extension des délais d'exécution) et à faire pression sur ce dernier pour lui faire abandonner ses réclamations. Ce comportement aurait eu pour conséquences que le Consortium a été privé de son investissement au Maroc et contraint de liquider son infrastructure à pertes.

26. En droit, le Consortium estime que ses réclamations reposent sur les fondements juridiques suivants:

- A l'origine de la majeure partie des réclamations du Consortium se trouveraient des violations contractuelles commises directement par l'Etat du Maroc. Celui-ci serait en effet directement partie au contrat de construction, ADM n'ayant agi qu'en qualité de mandataire ou de représentant de l'Etat. Or, selon le demandeur, il résulterait de la décision sur la compétence que, dans ce cas de figure, il ne serait pas nécessaire que les violations contractuelles reprochées à l'Etat constituent en même temps

¹⁰ Il est précisé que le Consortium qualifie sa réclamation relative aux garanties contractuelles de réclamation « *contractuelle et extra-contractuelle* » (mémoire en réplique, p. 223).

des violations de l'Accord bilatéral. Il suffirait que le demandeur établisse la réalité des violations du contrat, et le préjudice en résultant, pour que le Tribunal puisse accueillir ses prétentions, et cela indépendamment de toute violation de l'Accord bilatéral.

- Quoi qu'il en soit, les violations « *substantielles* » du contrat commises par l'Etat—directement (en tant que partie au contrat) ou indirectement par l'intermédiaire d'ADM (pour le cas où il ne serait pas retenu que l'Etat est le cocontractant direct)—constitueraient, en elles-mêmes, des violations de l'Accord bilatéral. En effet, dans la mesure où le contrat a la nature d'un investissement au regard de l'article premier de l'Accord bilatéral, toutes les violations contractuelles « *substantielles* » dont s'est rendu coupable le Royaume du Maroc et/ou ADM emportent violations du Traité, singulièrement de son article 2(2) consacrant l'obligation pour l'Etat d'accueil d'assurer un traitement juste et équitable aux investissements.
- Indépendamment de l'assimilation d'un manquement contractuel à une violation du Traité, le demandeur soutient que l'Etat du Maroc a violé —directement ou indirectement par l'intermédiaire d'ADM— plusieurs obligations spécifiques que les dispositions matérielles de l'Accord bilatéral mettent à sa charge.
- Dans l'hypothèse où il serait retenu que l'Etat n'est pas directement partie au contrat de construction ou qu'il n'est pas intervenu directement dans l'exécution du marché, il faudrait admettre, selon le demandeur, que les agissements d'ADM, qui sont constitutifs de violations de l'Accord bilatéral, sont « *imputables* » à l'Etat. En effet, ADM ne serait qu'une émanation de l'Etat agissant au nom et pour le compte de celui-ci.

1.2 Le Royaume du Maroc

27. Le Royaume du Maroc articule sa défense de la manière suivante:

- Le défendeur soutient qu'il n'est pas partie au contrat de construction, celui-ci ne liant que ADM et le Consortium. De toute façon, il résulterait de la décision sur la compétence que le Tribunal est compétent uniquement pour statuer sur des violations de l'Accord bilatéral, même dans l'hypothèse où l'Etat serait partie au contrat.
- Le défendeur conteste les violations prétendues de l'Accord bilatéral faite pour le demandeur, à qui incombait la charge de la preuve, d'avoir

établi la réalité des faits allégués et montré en quoi ils constitueraient des manquements au Traité. En particulier, le défendeur estime qu'il est juridiquement insoutenable d'affirmer que tout manquement contractuel constituerait, en même temps, une violation du Traité.

- En toute hypothèse, les agissements d'ADM ne seraient pas *imputables* à l'Etat car ADM n'aurait pas mis en œuvre, dans ses rapports contractuels avec le Consortium, un pouvoir spécifique et exorbitant relevant de prérogatives de puissance publique, distinctes des droits contractuels d'un cocontractant privé (ainsi la faculté de demander la variation des travaux ou de sanctionner les manquements de l'entrepreneur par des pénalités peut également exister dans un contrat de droit privé). Or, selon les travaux de la Commission de droit international et la sentence *Maffezini*, l'exercice par l'entité étatique de prérogatives de puissance publique serait une condition de l'attribution à l'Etat des actes de cette entité. En outre, l'Etat n'aurait joué aucun rôle dans la négociation et l'exécution du contrat, n'intervenant que postérieurement, lors de discussions avec le Consortium.
- Enfin, le défendeur soutient qu'en tout état de cause, même en admettant que tout manquement contractuel puisse théoriquement constituer une violation du Traité et que les agissements d'ADM puissent être imputés à l'Etat, aucune violation du contrat par ADM n'est établie.

28. En définitive, le Royaume du Maroc estime qu'il ne saurait être rendu responsable pour de pures inexécutions contractuelles, de toute façon non établies, commises par une entité indépendante, et qui ne constituent en aucun cas des violations du Traité. Le Consortium tenterait en réalité d'invoquer un instrument international sans rapporter la preuve de l'application et de la violation de ses dispositions, et cela dans le seul but d'obtenir une compensation pour des pertes dont il s'est rendu seul responsable.

2. APPLICATION DE LA DECISION SUR LA COMPETENCE

2.1 Rappel de la portée du dispositif de la décision sur la compétence

29. Dans sa décision sur la compétence datée du 16 juillet 2001, le Tribunal s'est déclaré

« 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 ».

Il résulte du dispositif, très clair, de la décision sur la compétence que le Tribunal s'est déclaré compétent *ratione materiae* pour statuer sur les demandes formulées par le Consortium, dans la seule mesure où elles seraient fondées sur des *violations de l'Accord bilatéral à la charge de l'Etat*.

En d'autres termes, l'allégation d'une violation de l'Accord bilatéral constitue une condition nécessaire de la compétence du Tribunal. Il s'ensuit que, lorsque les demandes sont fondées sur des violations alléguées du contrat, le Tribunal n'entrera en matière sur de telles demandes que s'il est soutenu que ces prétendus manquements contractuels constituent en même temps une violation de l'Accord bilatéral à la charge de l'Etat.

La violation effective de l'Accord bilatéral sera ensuite une condition de l'accueil au fond des demandes formulées.

2.2 La position des parties

2.2.1 La position du Consortium

30. Le Consortium soutient que le Tribunal se serait notamment déclaré compétent pour connaître de tous les manquements contractuels allégués, et cela indépendamment de toute violation de l'Accord bilatéral, dans l'hypothèse où le Royaume du Maroc serait directement partie au contrat (mémoire sur le fond p11–12, mémoire en réplique, p. 14–17).

Le demandeur fonde notamment sa thèse sur le paragraphe 68 de la décision sur la compétence qui indique que « *l'article 8 [de l'Accord bilatéral] 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* ».

Le demandeur estime que la décision sur la compétence n'aurait pas statué sur la question de savoir si l'Etat était ou non partie directe au contrat. Or, selon lui, le Royaume du Maroc serait le cocontractant réel du Consortium. ADM n'aurait agi qu'en qualité de mandataire du Royaume du Maroc. D'ailleurs, le fait que la convention de concession passée entre l'Etat du Maroc et ADM ait été approuvée en 2000 seulement, soit après l'achèvement des travaux, démontrerait qu'ADM n'a pu conclure le marché avec le Consortium qu'en qualité de mandataire de l'Etat (mémoire en réplique p. 25 à 27). Le demandeur invoque la pratique internationale, illustrée par la sentence

CCI 9954 (« *Ethiopian Road Authority* »), selon laquelle la signature par des organes contrôlés par l'Etat de contrats à objet essentiellement étatique, telle la construction de routes, engagerait directement l'Etat¹¹. Enfin, le Royaume du Maroc serait intervenu directement dans la gestion et l'exécution du marché, ce qui constituerait une preuve supplémentaire de sa qualité de cocontractant (mémoire en réplique p. 28 à 34).

Le demandeur en déduit que le Tribunal serait compétent, *rationae materiae*, pour connaître de toutes les réclamations formulées, et cela sans restriction, indépendamment de toute violation de l'Accord bilatéral (mémoire en demande p. 23 ; mémoire en réplique p. 47 à 51). Dans ce cas, il n'aurait pas à alléguer ni à démontrer que l'Accord bilatéral a été violé pour que le Tribunal puisse examiner, puis sanctionner le cas échéant, les violations contractuelles prétendument commises par l'Etat.

2.2.2 La position du Royaume du Maroc

31. De son côté, le Royaume du Maroc soutient que la question de savoir s'il est le cocontractant direct du Consortium aurait déjà été évoquée dans la discussion préalable à la décision sur la compétence et tranchée par la négative. Les arguments avancés par le demandeur sont infondés et ne sauraient justifier une révision de la décision sur la compétence sur ce point (mémoire en duplique, p. 18 ss).

En tous les cas, même dans l'hypothèse, non réalisée en l'espèce, où le Royaume du Maroc serait directement partie au contrat, le défendeur considère que l'allégation d'une violation de l'Accord bilatéral est une condition nécessaire de la compétence du Tribunal et que, sur le fond, ce n'est que si l'existence d'une violation de l'Accord bilatéral est établie que les demandes du Consortium pourront être accueillies (mémoire en réponse, p. 73 ss).

2.3 Décision du Tribunal

32. Le Tribunal ne peut suivre le demandeur dans son affirmation selon laquelle il aurait admis sa compétence pour statuer sur des violations du Traité *ou* sur les violations alléguées du contrat de construction, dans l'hypothèse où l'Etat marocain serait directement partie à ce contrat. La seconde branche de l'alternative viole directement le dispositif de la décision sur la compétence, dans

¹¹ Pièce C43.

la mesure où elle porterait sur des violations contractuelles qui ne constitueraient pas, en même temps, une violation de l'Accord bilatéral.

33. Le motif invoqué par le demandeur et figurant au paragraphe 68 de la décision sur la compétence, outre qu'il ne l'emporte pas sur le dispositif, est séparé de son contexte. La lecture de l'ensemble de la décision révèle que le Tribunal a lié la clause d'arbitrage à l'implication de l'Accord bilatéral relatif à la protection et la promotion des investissements. Il a souligné que l'offre de compétence de l'article 8 ne s'applique pas aux seuls manquements contractuels lorsque le cocontractant est une émanation de l'Etat (§ 68). C'est ce qu'explique le motif suivant:

« 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. »

La décision sur la compétence a d'ailleurs exposé (§ 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. »

En définitive, l'offre de compétence de l'article 8 de l'Accord bilatéral a été considérée comme limitée, aux seules violations dudit Accord, celles-ci pouvant certes résulter d'une violation du contrat imputable à l'Etat.

34. Cette solution ne peut être modifiée par l'allégation que ADM serait mandataire de l'Etat. Ce n'est pas en tant que telle qu'elle a signé le contrat et le fait que la convention de concession, décidée avant, ait été signée et approuvée après la conclusion du contrat entre ADM et le demandeur, ne modifie pas la nature des relations entre les parties, ni entre ADM et l'Etat.

Ainsi, la compétence du Tribunal est limitée à l'examen des demandes fondées sur des violations de l'Accord bilatéral, comme décidé dans la décision sur la compétence.

Savoir ensuite si des manquements contractuels peuvent être imputés à l'Etat (soit directement soit indirectement) et si ces manquements contractuels sont susceptibles de constituer une violation de l'Accord bilatéral est une question de fond, non de compétence.

35. Le Tribunal statuera donc sur les seules demandes fondées sur des violations de l'Accord bilatéral ainsi qu'il a été décidé dans la décision sur la compétence et rappelé lors de l'audience du 18 octobre 2001 invitant le demandeur à démontrer l'existence de telles violations à la charge de l'Etat marocain dans leurs écritures sur le fond (procès-verbal de l'audience du 18 octobre 2001).

Le Tribunal examinera ainsi si les faits reprochés par le demandeur au Royaume du Maroc et/ou à ADM peuvent être qualifiés de violations de l'Accord bilatéral (3). Dans l'affirmative, il conviendra de déterminer si de telles violations sont imputables à l'Etat, directement ou indirectement à travers ADM (4).

3. LES VIOLATIONS DE L'ACCORD BILATERAL

3.1. L'assimilation d'un manquement contractuel à une violation de l'Accord bilatéral

3.1.1 La position du Consortium

36. Le Consortium expose que le contrat a la nature d'un investissement au regard de l'article premier de l'Accord bilatéral, lequel définit comme investissement « *les droits à toute prestation contractuelle ayant une valeur économique* » [art. 1(1)c)] ou « *tout droit de nature économique conféré par contrat* » [art. 1(1)e)]. Il en déduit que toutes les violations contractuelles « *substantielles* » dont s'est rendu coupable le Royaume du Maroc et/ou ADM emportent nécessairement violation du Traité, singulièrement de son article 2(2) consacrant l'obligation pour l'Etat d'accueil d'assurer un traitement juste et équitable aux investissements (mémoire en réplique, p. 47 ss et 84). Le Consortium estime qu'une violation du contrat peut être qualifiée de « *substantielle* » en raison de sa gravité particulière ou de son caractère systématique (mémoire en réplique, p. 52).

Ainsi, selon le Consortium, en violant « *substantiellement* » le contrat, le Royaume du Maroc et/ou ADM violerait *ipso jure* l'Accord bilatéral. Par conséquent, le Tribunal serait compétent pour connaître de toutes les réclamations formulées par le demandeur, y compris de celles qui se fondent sur des violations alléguées du contrat. Sur le fond, il suffirait de démontrer la violation « *substantielle* » du contrat pour prouver en même temps la violation de l'Accord bilatéral. Le Consortium précise qu'il suffirait d'établir une seule violation « *substantielle* » du contrat pour que tous les autres manquements contractuels, quelle qu'en soit la gravité, entrent dans la compétence du Tribunal, et cela en vertu des

principes du « *synallagmatisme contractuel* » et de l'unicité du procès (mémoire en réplique, p. 52–53).

3.1.2 La position du Royaume du Maroc

37. Le Royaume du Maroc dénonce le paradoxe qui consiste pour le Consortium à reconnaître implicitement l'exigence d'une violation de l'Accord bilatéral tout en soutenant que celle-ci pourrait découler du seul manquement au contrat dès lors que le contrat est un investissement au sens de l'Accord bilatéral. Plus précisément, le défendeur estime que l'assimilation nécessaire d'un manquement contractuel, fût-il établi, à une violation du Traité est contraire aux principes du droit international public ainsi qu'à la jurisprudence arbitrale (mémoire en réponse, p. 71 ss; mémoire en duplique, p. 12 ss). En particulier, il critique le raisonnement du Consortium qui, en voulant assimiler un manquement contractuel à une violation de l'Accord bilatéral, aboutit à priver de tout effet utile les articles 2 à 6 de cet Accord, ce qui serait contraire au but et à l'objet du Traité.

3.1.3 Décision du Tribunal

38. Le Tribunal considère qu'il n'existe pas de principe d'assimilation nécessaire des violations contractuelles aux violations d'un traité bilatéral d'investissement.

39. En son article 1(1)c) et 1(1) e), l'Accord bilatéral italo-marocain, stipule:

« 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:

c) (...) les droits à toute prestation contractuelle ayant une valeur économique;

e) (...) tout droit de nature économique conféré par la loi ou par contrat (...). ».

L'article 1(1)g) ajoute que les droits cités sous lettres c) et e) doivent faire l'objet de contrats approuvés par l'autorité compétente.

L'article 2 de l'Accord bilatéral, intitulé « *Promotion et protection des investissements* » traite, en son alinéa 1, de la promotion en établissant une

obligation d'encouragement et d'autorisation des investissements. L'alinéa 2 traite, en ces termes, de la protection:

« Chacune des Parties contractantes assurera un traitement juste et équitable aux investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante. Chacune des Parties contractantes assurera la gestion, le maintien, l'utilisation ou l'affectation des investissements sur son territoire des investisseurs de l'autre Partie contractante contre toutes mesures injustifiées ou discriminatoires ».

40. Contrairement à ce que soutient le demandeur, cette stipulation n'impose pas une obligation d'assurer le maintien, l'utilisation et la jouissance des droits nés du contrat à la charge de l'Etat sur le territoire duquel se réalise un investissement de cette nature. L'article 2(2), qu'il faut lire en son entier, engage l'Etat à assurer le maintien, l'utilisation et la jouissance des droits nés du contrat « *contre toutes mesures injustifiées ou discriminatoires* ». Ce que l'Etat doit assurer, c'est l'absence de mesures injustifiées ou discriminatoires à l'égard de l'investisseur étranger et non le maintien ou la jouissance des droits contractuels de celui-ci. En d'autres termes, le rapprochement des articles 1(1)c), 1(1)e) et 2 de l'Accord bilatéral ne peut s'interpréter comme créant, à la charge de l'Etat d'accueil, une obligation générale d'assurer la bonne exécution du contrat qui conférerait aux obligations spécifiques prévues aux articles 2 à 6 du Traité un caractère purement énonciatif.

Le Tribunal conclut donc que l'Accord bilatéral italo-marocain ne consacre pas le principe selon lequel un manquement au contrat devrait être assimilé à une violation du Traité.

41. Il n'existe pas d'avantage de principe d'assimilation nécessaire des violations contractuelles aux violations d'un traité bilatéral d'investissement. Une telle assimilation est rejetée par la jurisprudence arbitrale du CIRDI, laquelle distingue clairement entre violation contractuelle et violation du traité de protection des investissements.

- Ainsi en décide la décision d'annulation dans l'affaire *Vivendi*: « *A state may breach a treaty without breaching a contract, and vice versa* », « *whether there has been a breach of the BIT and whether there has been a breach of contract are different questions* », « *A treaty cause of action is not the same as a contractual cause of action; it requires a clear showing of conduct which is in the circumstances contrary to the relevant treaty standard* »¹².

¹² Décision d'annulation du Comité ad hoc CIRDI dans l'affaire ARB/97/3, *Compañía de Aguas et Vivendi Universal c/ Argentine*, International Legal Materials, Vol. 41, 2002, p. 1136 ss, §95.

- De même, la sentence *Alex Genin* déclare: « (...) *while the Central Bank's decision to revoke the EIB's licence invites criticism, it does not rise the level of a violation of any provision of the BIT* »¹³.
- La sentence *Azinian*¹⁴ va dans le même sens: « (...) *a foreign investor entitled in principle to protection under NAFTA may enter into contractual relations with a public authority, and may suffer a breach by that authority, and still not be in a position to state a claim under NAFTA* » (§83), « *The problem is that the Claimants' fundamental complaint is that they are the victims of a breach of the Concession Contract. NAFTA does not, however, allow investors to seek international arbitration for mere contractual breaches. Indeed, NAFTA cannot possibly be read to create such a regime, which would have elevated a multitude of ordinary transactions with public authorities into potential international disputes. The Claimants simply could not prevail merely by persuading the Arbitral Tribunal that the Ayuntamiento of Naucalpan breached the Concession Contract. (§87) (...) Professor Dodge then argued that a breach of contract constitutes an "expropriation" if it is confiscatory,* » (§89) (...) *Labelling is, however, no substitute for analysis. The words "confiscatory", "destroy contractual rights as an asset", or "repudiation" may serve a way to describe breaches which are to be treated as extraordinary, and therefore as acts of expropriation, but they certainly do not indicate on what basis the critical distinction between expropriation and an ordinary breach of contract is to be made. (§90) (...). It is therefore necessary to examine whether the annulment of the Concession Contract may be considered to be an act of expropriation violating NAFTA Article 1110. If not, the claim must fail. The question cannot be more central. (§90)*»

¹³ Sentence CIRDI dans l'affaire ARB/99/02, *Alex Genin, Eastern Credit Limited Inc et A.S. Baltoil c/ la République d'Estonie*, ICSID Review FILJ, Vol. 17, N° 2, Fall 2002, p. 395 ss, § 365.

¹⁴ Sentence CIRDI dans l'affaire ARB(AF)/97/2, *Robert Azinian, Kenneth Davitian et Ellen Baca c/ Mexique*. Il est vrai qu'il s'agissait d'un arbitrage NAFTA et que l'article 1116 du Traité NAFTA prévoit expressément que l'investisseur ne peut soumettre à l'arbitrage qu'une demande fondée sur la violation par l'Etat d'accueil d'une des obligations définies dans la section A du Traité NAFTA (expropriation, etc...). L'article 8 de l'Accord bilatéral italo-marocain est rédigé en termes plus généraux, dans la mesure où il permet à l'investisseur de soumettre à l'arbitrage CIRDI tout différend relatif à un investissement, sans préciser s'il doit s'agir nécessairement d'une demande fondée sur la violation d'une des obligations matérielles imposées à l'Etat par le traité. Toutefois, le Tribunal a tranché la question dans la sentence préliminaire en retenant qu'il n'est compétent que pour statuer sur des violations de l'Accord bilatéral. C'est pourquoi la sentence *Azinian* conserve tout son intérêt dans la présente affaire. Or, elle indique clairement qu'une violation contractuelle ne constitue pas ipso jure une violation du traité et que l'investisseur doit montrer en quoi la violation du contrat implique une violation du traité.

42. Les sentences *Metalclad* et *Maffezini*¹⁵, discutées par les parties, ne sont pas pertinentes s'agissant de la question ici débattue. Dans ces deux sentences, les violations du traité bilatéral d'investissement sur le fondement desquelles les Etats d'accueil ont été condamnés n'avaient pas pour origine la violation d'un contrat. On ne peut donc rien en déduire s'agissant de savoir si la violation d'un contrat constitue, en même temps et par définition, une violation du traité bilatéral d'investissement.

43. La sentence *Fedax* apparaît, à première vue, plus intéressante¹⁶. Dans cette affaire, le Venezuela a été condamné pour ne pas avoir respecté son obligation de payer six billets à ordre. Toutefois, le tribunal arbitral n'explique pas vraiment en quoi cette violation contractuelle constituerait une violation du traité bilatéral d'investissement. En outre, il faut relever que les parties étaient parvenues à une transaction partielle, laissant au tribunal saisi le soin de statuer uniquement sur la question des intérêts. La sentence *Fedax* n'est pas, en tout état de cause, de nature à fonder l'affirmation d'un principe jurisprudentiel d'assimilation des manquements contractuels aux violations d'un traité bilatéral d'investissement.

44. La doctrine distingue également entre pure violation contractuelle et violation d'un traité:

- Le Professeur Gaillard admet certes qu'une violation du contrat puisse constituer en même temps une violation du traité, mais il précise que cette assimilation n'est pas automatique et dépend des dispositions du traité lui-même. Tel pourra être le cas si le traité déclare expressément que la violation d'un contrat constitue également une violation du traité¹⁷. Or, en l'espèce, l'Accord bilatéral italo-marocain ne contient pas une disposition assimilant expressément toute violation contractuelle à une violation du traité.
- Jennings & Watts écrivent: « *It is doubtful whether a breach of a state of its contractual obligations with alien constitutes per se a breach of an international obligation, unless there is some such additional element as denial of justice, or expropriation, or breach of treaty, in which case it is that*

¹⁵ Sentences CIRDI dans les affaires ARB(AF)/97/1, *Metalclad Corporation c/ Mexique*, et ARB/97/17, *Emilio Agustín Maffezini c/ Espagne*.

¹⁶ Sentence CIRDI dans l'affaire *Fedax N.V. c/ Venezuela*, Journal du droit international 1999, p. 294 ss.

¹⁷ E. Gaillard, Journal du droit international 2002, p. 209 ss, 214.

additional element which will constitute the basis for the state's international responsibility »¹⁸.

- Quant à la doctrine citée par le demandeur (mémoire en demande, p. 23), elle n'est pas pertinente en l'espèce car elle se réfère à des traités bilatéraux d'investissements consacrant expressément le principe d'assimilation des manquements contractuels à des violations du traité, à la différence de l'Accord bilatéral italo-marocain.

45. C'est à tort, enfin, que le Consortium affirme que l'inclusion du contrat de construction au rang des investissements protégés, admise par la décision sur la compétence, n'aurait aucun sens si les réclamations que suscitent habituellement de tels contrats, et que lui-même formule dans le présent arbitrage, ne bénéficiaient pas de la protection de l'Accord bilatéral.

Le contrat de construction est protégé au même titre que d'autres investissements, contre diverses atteintes, telle la discrimination ou l'expropriation. Cela suffit à donner un sens aux stipulations précitées. Il n'y a pas lieu d'étendre les obligations de l'Etat en fonction de la nature contractuelle ou non de l'investissement ni, a fortiori, de la qualification du contrat constituant l'investissement.

46. En conclusion, le Tribunal considère que la conjugaison des articles 1(1)c), 1(1)e) et 2(2) de l'Accord bilatéral et les principes généraux dégagés de la pratique arbitrale ne permettent pas de créer à la charge de l'Etat du Maroc une obligation de respecter ou de faire respecter le contrat, hors les obligations expresses stipulées dans l'Accord bilatéral. Les dispositions précitées ne permettent pas d'assimiler tout manquement au contrat, fût-il établi, à une violation de l'Accord.

Les réclamations du demandeur ne pourront donc être satisfaites que si elles sont fondées sur la violation effective des obligations spécifiquement précisées aux articles 2 à 6 de l'Accord bilatéral (traitement juste et équitable; clause de la nation la plus favorisée et traitement national; indemnisation pour dommages ou pertes; nationalisation ou expropriation; transfert des capitaux et des revenus). Le Tribunal n'a point à examiner les réclamations qui reposent sur une violation alléguée du contrat, sans que soit invoquée également la violation d'une obligation spécifique de l'Accord bilatéral. De telles réclamations échappent à sa compétence.

¹⁸ Jennings & Watts, *Oppenheim's International Law*, 9ème éd., Harlow, Longmann, 1992. p. 927.

Les violations des obligations spécifiques découlant de l'Accord bilatéral alléguées par le demandeur seront examinées dans la section qui suit.

3.2 Les violations des obligations spécifiques de l'Accord bilatéral

3.2.1 Les violations alléguées par le Consortium

47. Les violations de l'Accord bilatéral à la charge du Royaume du Maroc invoquées par le Consortium peuvent être regroupées de la manière suivante:

- *Article 2(2) de l'Accord bilatéral: manquement à l'obligation d'assurer un traitement juste et équitable*
 - A raison du comportement d'ensemble dont a fait preuve le Royaume du Maroc et/ou ADM, de sorte que la totalité des réclamations spécifiques du Consortium trouveraient leur source dans une violation de cette disposition (mémoire en réplique du Consortium, p. 69–70);
 - A raison du déni de justice qu'aurait commis le Royaume du Maroc dans le traitement de l'ensemble des réclamations du Consortium.
- *Articles 2(2) et 3 de l'Accord bilatéral: manquement à l'obligation de non-discrimination*
 - A raison de la non attribution du lot 3A au Consortium.
- *Article 4(1) de l'Accord bilatéral: manquement à l'obligation d'indemniser certaines pertes*
 - A raison du refus d'indemniser le Consortium du préjudice causé par les intempéries exceptionnelles.
- *Article 5 de l'Accord bilatéral: manquement aux règles relatives à l'expropriation*
 - A raison de l'application de pénalités et la mise en jeu des garanties contractuelles.

Sur ce:

48. Le Tribunal doit rechercher si l'Etat, directement ou à travers ADM, a violé les obligations que lui imposent les dispositions matérielles de l'Accord bilatéral. Une telle violation peut certes résulter d'une violation du contrat,

mais sans qu'une éventuelle violation du contrat ne constitue, *ipso jure* et en elle-même, une violation du Traité, comme le Tribunal l'a rappelé ci-dessus.

49. C'est au regard des standards de protection posés par l'Accord bilatéral que doit s'examiner la question de savoir si le Royaume du Maroc a violé le Traité. La démarche du Tribunal consistera d'abord à déterminer si les faits reprochés à l'Etat et/ou à ADM par le demandeur, à les supposer établis, sont susceptibles de constituer des violations de l'Accord bilatéral à la charge de l'Etat. Dans l'affirmative, le Tribunal examinera ensuite si ces faits sont effectivement établis à la charge de l'Etat. Dans l'affirmative, il calculera le dommage éventuellement subi.

3.2.2 Interprétation des dispositions matérielles du Traité

50. Afin de déterminer si les agissements reprochés au défendeur constituent ou non une violation de l'Accord bilatéral, il apparaît nécessaire de donner une interprétation de la portée des obligations mises à la charge du Royaume du Maroc par l'Accord bilatéral italo-marocain.

3.2.2.1 Art. 2(2) de l'Accord bilatéral: l'obligation d'assurer un traitement juste et équitable

51. L'article 2 de l'Accord bilatéral dispose, sous le titre « *Promotion et protection des investissements* »:

«1) Chacune des Parties contractantes encouragera les investisseurs de l'autre Partie contractante à effectuer des investissements sur son territoire et autorisera ces investissements conformément à ses lois et règlements en vigueur.

2) Chacune des Parties contractantes assurera un traitement juste et équitable aux investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante. Chacune des Parties contractantes assurera la gestion, le maintien, la jouissance ou l'affectation des investissements sur son territoire des investisseurs de l'autre Partie contractante contre toutes mesures injustifiées ou discriminatoires. »

L'interprétation de cet article doit se faire à la lumière des objectifs poursuivis par le Traité et des moyens d'y parvenir. Ni la promotion des investissements étrangers sur le territoire national, visée à l'alinéa 1, ni le traitement juste et équitable de ceux-ci, visé à l'alinéa 2, ne peuvent être interprétés comme imposant à l'Etat le respect, au titre du Traité, de l'ensemble des obligations qui pèsent sur le cocontractant, lorsque l'investissement est de nature contractuelle.

L'autorisation d'investir sur le territoire national, qui relève de la promotion des investissements, doit être accordée « conformément [aux] lois et règlements en vigueur », ce qui signifie que l'Etat ne doit pas soumettre les investissements de l'Etat cocontractant, ou de l'un des ressortissants de celui-ci, à un régime moins favorable que celui qu'impose le droit en vigueur. Plus largement, l'alinéa 2 précise que l'Etat d'accueil doit assurer aux investissements étrangers, positivement, un traitement juste et équitable et les assurer, négativement, « contre toutes mesures injustifiées ou discriminatoires ». Le traitement non discriminatoire impose à l'Etat de ne pas traiter un investissement moins favorablement qu'un autre, soit pour un motif politique, soit en l'absence de motif objectif de traitement différencié. Le traitement injustifié implique, de la même manière, qu'aucun motif objectif ne vienne expliquer le comportement de l'Etat.

Ces deux obligations (traitement juste et équitable, protection contre toutes mesures injustifiées ou discriminatoires) sont incontestablement le reflet l'une de l'autres. Mais l'on peut aussi donner une portée autonome à l'obligation de traitement juste et équitable.

Il n'existe pas de définition précise du traitement juste et équitable dans le droit des traités. La question est de savoir quel est le degré de protection voulu par les parties signataires du présent Traité. Deux lectures sont possibles : la première s'appuie sur l'idée qu'adopter un traitement juste et équitable c'est accorder aux investisseurs étrangers un traitement conforme au standard établi par le droit international, c'est à dire assurer la protection de droits personnels et procéduraux élémentaires comme l'accès à la justice et garantir la personne de l'investisseur ainsi que ses biens contre des atteintes injustifiées ou discriminatoires de la part de l'Etat d'accueil, et la seconde, selon laquelle, l'obligation de traitement juste et équitable n'aurait pas un contenu prédéterminé et renverrait aux notions de justice et d'équité entendues objectivement mais en tenant compte des circonstances de faits de l'espèce. Un tribunal peut donc décider que l'Etat d'accueil a fait preuve d'un comportement injuste et inéquitable même en l'absence de déni de justice ou de négation sans motif d'un droit évident.¹⁹

¹⁹ Sur la notion de Traitement juste et équitable, voir l'article de J.C. THOMAS, *Reflexions on Article 1105 NAFTA: History, State Practice and the Influence of Commentators*, (2002) 17 ICSID Review FILJ-21-101. Egalement l'article publié par the AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW PROCEEDINGS lors de la conférence annuelle de 1996 *Fair and Equitable Treatment under NAFTA's Investment Chapter*, 96 Am. Soc'y Int'l L. Proc. 9. Enfin, les réflexions émises par UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT *Fair and Equitable Treatment*, part of the UNCTAD Series on issues in international investment agreement, New York and Geneva, 1999, UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. III).

Cependant, cette question peut rester ouverte parce que, de toute façon, l'Etat d'accueil, pour être en violation avec une telle disposition, doit avoir mis en œuvre des prérogatives de puissance publique. Plus précisément, dans le cas qui occupe le présent Tribunal, à savoir quand l'investissement a pour origine la conclusion d'un contrat, il est possible pour l'Etat d'accueil de faire usage, dans sa relation contractuelle avec l'investisseur, de pouvoirs que lui seul détient en vertu de sa qualité de puissance publique. Seul l'usage de tels pouvoirs sera examiné par le Tribunal qui y trouvera ou non une violation de l'obligation de traitement juste et équitable, et cela soit au regard de la coutume internationale soit au regard des exigences de justice et d'équité qu'imposaient les circonstances de fait.

L'Etat, ou son émanation, peuvent s'être comportés comme des cocontractants ordinaires ayant une divergence d'approche, en fait ou en droit, avec l'investisseur. Pour que la violation alléguée du contrat constitue un traitement injuste ou inéquitable au sens de l'Accord bilatéral, il faut qu'elle résulte d'un comportement exorbitant de celui qu'un contractant ordinaire pourrait adopter. Seul l'Etat, en tant que puissance publique, et non comme contractant, a assumé des obligations au titre de l'Accord bilatéral.

L'interprétation retenue par le présent Tribunal est donc celle d'une obligation de traitement juste et équitable qui, tout en garantissant les droits élémentaires de l'investisseur, ne s'y limite pas et s'applique uniquement dans la mesure où l'Etat d'accueil a fait usage de ses prérogatives de puissance publique.

3.2.2.2 Art. 3 de l'Accord bilatéral: Clause de la nation la plus favorisée et traitement national

52. L'obligation faite à l'Etat d'accueil d'accorder aux investissements des ressortissants du pays co-signataire un traitement non moins favorable à celui réservé à ses propres nationaux (traitement national) ou celui accordé aux ressortissants d'un Etat tiers (nation la plus favorisée) est ainsi formulée à l'article 3 de l'Accord bilatéral entre le Royaume du Maroc et la République d'Italie:

« 1) Chacune des Parties contractantes accorde sur son territoire aux investissements et aux revenus des investisseurs de l'autre Partie contractante un traitement non moins favorable que celui réservé aux investisseurs ou aux investissements et aux revenus des investisseurs d'un Etat tiers. »

« 2) Chacune des Parties contractantes réserve aux investisseurs de l'autre Partie contractante, pour ce qui est de la gestion, le maintien, l'utilisation, la

jouissance ou l'affectation de leurs investissements, un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres investisseurs ou aux investisseurs d'un Etat tiers.»

53. Le contenu de cette disposition qui se rencontre systématiquement dans les traités de protection des investissements ne pose pas de problème d'interprétation particulier. La principale difficulté réside dans son application et plus spécifiquement dans la nécessité de déterminer si la situation de l'investisseur étranger était identique à celle de l'investisseur national ou à celle de l'investisseur d'un pays tiers avec lequel l'Etat d'accueil a conclu un traité similaire de protection des investissements, afin de pouvoir affirmer que la différence de traitement appliquée par l'Etat d'accueil était ou non justifiée. Cette analyse sera faite au moment de l'examen détaillé des réclamations du Consortium.

3.2.2.3 Art. 4 de l'Accord bilatéral: Indemnisations pour dommages ou pertes

54. L'article 4 du Traité dispose ce qui suit:

« 1) Au cas où les investissements effectués par des investisseurs de l'une des Parties contractantes subiraient des dommages du fait de guerres, conflits armés, états d'urgence, ou autres événements analogues dans le territoire de l'autre Partie contractante, ils reçoivent une indemnisation juste et adéquate pour la perte subie de la part de la Partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a subi ladite perte.

2) Les investisseurs des deux Parties contractantes bénéficieront, pour ce qui est des questions prévues au présent article de cet accord, du même traitement réservé aux investisseurs de la Partie contractante ou, en tous cas, d'un traitement non moins favorable que celui réservé aux investisseurs d'un Etat tiers. »

55. La principale difficulté d'interprétation réside ici dans la détermination de la portée de l'expression « *ou autres événements analogues* ».

Le Tribunal comprend qu'il est de la lettre et de l'esprit d'une telle expression de faire ici référence à des événements de nature politique, c'est à dire un état d'insécurité politique ou sociale pouvant affecter le contexte économique d'un pays et en conséquence les investissements qui y sont réalisés.

56. Le Tribunal n'entend donc pas l'expression « *ou autres événements analogues* » comme faisant référence à tout fait s'apparentant à un cas de force

majeure réunissant les éléments d'imprévisibilité et d'irrésistibilité propres à une telle situation. Le Traité fait référence à une obligation d'indemnisation pour cas de guerre, conflits armés, états d'urgence, ou autres situations analogues, sous entendues analogues à une guerre, à un conflit armé ou à un état d'urgence de nature politique.

57. Quant à l'article 4(2), concernant les « *questions prévues au présent article* », le Tribunal retiendra qu'il a pour champ d'application l'indemnisation à raison d'évènements visés par l'article 4(1). Autrement dit, l'obligation faite à l'Etat de réserver aux investisseurs étrangers le traitement accordé aux nationaux présuppose qu'une indemnisation soit due à raison des évènements visés à l'article 4(1), c'est-à-dire des évènements de nature politique.

3.2.2.4 Art. 5 de l'Accord bilatéral: Nationalisation ou expropriation

58. L'article 5 du Traité intitulé « *Nationalisation ou expropriation* » dispose ce qui suit:

« 1) Les investisseurs des deux Parties contractantes ne peuvent faire l'objet d'aucune mesure permanente ou temporaire qui limite le droit de propriété, de possession, de contrôle ou de jouissance de leur investissement à moins que les lois et règlements en vigueur ou une décision judiciaire n'en disposent autrement.

2) Les investissements des deux Parties contractantes ou de leur investisseurs ne peuvent être nationalisés ou expropriés ou objet de mesures ayant des effets équivalents à la nationalisation ou à l'expropriation sur le territoire des deux parties contractantes, sauf si ces mesures sont prises:

- à des fins d'utilité publique;*
- sur une base non discriminatoire et conformément à une procédure légale;*
- et contre un dédommagement prompt, juste et adéquat. »*

3.2.2.4.1 Analyse de l'article 5

59. Une fois encore le Tribunal est confronté à la tâche de cerner les contours et limites d'une expression telle que: « *mesures ayant des effets équivalents* ». Le cas d'espèce est en effet concerné a priori non par une situation de nationalisation ou d'expropriation «classique», mais par des comportements

qui seraient constitutifs d'une expropriation indirecte. De plus ces questions surgissent à propos de l'allégation d'expropriation indirecte de droits de nature contractuelle (droit à rémunération, droit au profit). Le Tribunal estime donc nécessaire de procéder à une interprétation du droit de propriété objet de l'expropriation indirecte (i), puis de la notion d'expropriation indirecte en elle-même (ii).

(i) Droit de propriété objet de l'expropriation

60. Le Tribunal reprend la définition d'investissement donnée par le Traité et considère que des droits issus d'un contrat peuvent être l'objet de mesure d'expropriation, à partir du moment où ledit contrat a été qualifié d'investissement par le Traité lui-même. Les créances détenues par l'investisseur font partie de cet investissement. L'article 1 (1) de l'Accord bilatéral dispose en effet que:

« le terme *investissement* désigne (...):

c) ...les droits à toutes prestations contractuelles ayant une valeur économique;

e) tout droit de nature économique conféré par la loi ou par contrat (...) »

61. Une décision, certes ancienne, mais pertinente pour la présente question, connue sous le nom *The Norwegian Shipowners' Claims*²⁰ a retenu l'attention du Tribunal pour admettre que des droits d'origine contractuelle puissent être l'objet d'une expropriation sanctionnée par un traité. Il s'agissait en l'espèce d'une saisie, opérée par les Etats-Unis avant d'entrer dans le conflit de la Première Guerre Mondiale, et visant des bateaux, du matériel et équipement pour les bateaux. Cette mesure s'appliqua également aux navires construits, en vertu d'un contrat, par une société privée américaine pour des propriétaires norvégiens. La Norvège a demandé compensation pour expropriation aux Etats-Unis, lesquels ont avancé comme argument qu'il ne pouvait pas y avoir eu d'expropriation de droits nés d'un contrat. Le tribunal saisi de l'affaire émit un jugement en faveur des propriétaires norvégiens, en considérant qu'ils avaient été expropriés de fait, rejetant ainsi implicitement l'argumentation des Etats-Unis.

62. De plus, les traités modernes de protection des investissements ont la particularité d'adopter une définition large du terme investissement afin de

²⁰ *Norwegian Shipowners' Claims* (Norvège c/ U.S.), 1 R. Int'l Arb. Awards 307 (1922)

permettre une application de leurs dispositions face à la diversité des opérations, montages financiers et contrats que les agents économiques sont à même d'utiliser dans la perspective de réaliser un investissement. Ce qui permet de penser, comme la majorité des commentateurs, que tout type d'actif peut être a priori l'objet d'une expropriation et donc protégé par les dispositions du traité.

(ii) Mesure ayant des effets équivalents à l'expropriation

63. Concernant la *nature de la mesure prise*:

Ordinairement les autorités d'un Etat procèdent à une expropriation ou à une nationalisation par le biais d'actes législatifs ou réglementaires, qu'ils soient individuels ou de portée générale.

64. Les tribunaux arbitraux ont fait une interprétation extensive du terme « mesure », considérant qu'une pratique, un acte peuvent être qualifiés de mesure. Dans la sentence *Ethyl Corp. v. The Government of Canada*²¹, le tribunal arbitral saisi fut confronté à la question de savoir si l'annonce faite par le Gouvernement du Canada, de l'adoption prochaine d'une loi limitant l'importation d'une substance chimique dont le demandeur, une entreprise américaine, était importateur et distributeur au Canada, pouvait être une mesure constitutive d'expropriation indirecte et donc contraire aux dispositions du Chapitre 11 ALENA régissant cette question. Le tribunal décida que la seule annonce de l'adoption future de la loi avait causé un dommage à la société Ethyl.

La sentence *Metalclad*²² confirme qu'une expropriation peut survenir alors que la mesure prise n'est pas à proprement parler un acte réglementaire mais une simple interférence de l'Etat d'accueil dans les droits de l'investisseur qui a pour effet de priver le propriétaire, totalement ou en grande partie, de son investissement. Dans le cas d'espèce, il s'agissait, entre autres, d'un refus sans

²¹ Arbitration NAFTA/UNCITRAL, *Ethyl Corp. v. The Government of Canada*, Award on Jurisdiction, 24 Juin 1998, International Legal Materials, Vol. 38, N° 3, 1999, p. 708 ss, § 66:

« Clearly something other than a "law", even something in the nature of a "practice", which may not even amount to a legal stricture, may qualify [une mesure équivalente à une expropriation] » (fin de phrase ajoutée par le présent Tribunal).

²² Sentence CIRDI dans l'affaire ARB(AF)/97/11, *Metalclad Corporation c/ Mexique*:

« ...expropriation under NAFTA includes (...) also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host state. »

justification des autorités locales de la province de Guadalupe au Mexique d'accorder à la société Metalclad un permis de construire pour l'implantation d'une décharge, ce qui entraînait la totale impossibilité d'opérer et de tirer profit de l'investissement.

65. Le présent Tribunal souscrit à cette interprétation large mais ne peut cependant s'empêcher de remarquer que dans les deux affaires citées les mesures dont il était question avaient un caractère unilatéral et furent prises en vertu de prérogatives de puissance publique, même informelles, et qu'il ne s'agissait pas de l'exercice, par l'Etat, d'une des prérogatives conférée par un contrat conclu entre une émanation de ce dernier et l'investisseur. Pour qu'il y ait droit à compensation il faut que la personne de l'exproprié prouve qu'il a été l'objet de mesures prises par l'Etat agissant non comme cocontractant mais comme autorité publique. Les décisions relatives aux cas d'expropriation indirecte mentionnent toutes l'« interférence » de l'Etat d'accueil dans l'exercice normal, par l'investisseur, de ses droits économiques. Or un Etat cocontractant n' « interfère » pas, mais « exécute » un contrat. S'il peut mal exécuter ledit contrat cela ne sera pas sanctionné par les dispositions du traité relatives à l'expropriation ou à la nationalisation à moins qu'il ne soit prouvé que l'Etat ou son émanation soit sorti(e) de son rôle de simple cocontractant(e) pour prendre le rôle bien spécifique de Puissance Publique.

66. Or, les critères pour déterminer si l'Etat agit comme puissance publique sont donnés par le premier paragraphe de l'article 5 de l'Accord bilatéral italo-marocain qui doit être lu comme faisant référence à la nature de la mesure, laquelle doit donc être prise en vertu des « lois et règlements en vigueur » ou par application d' « une disposition judiciaire ». Le premier paragraphe impose en quelque sorte une condition de forme de la mesure incriminée afin que la réclamation alléguant une expropriation ou une nationalisation se situe dans le cadre de cette disposition.

67. Concernant *l'effet de la mesure*:

Les effets des mesures prises doivent avoir une certaine intensité pour que celles-ci puissent être qualifiées de mesures équivalentes à l'expropriation.

La sentence CIRDI dans l'affaire *Santa Elena*²³, dans laquelle une société costaricaine avait été expropriée d'un terrain qui lui avait été par la suite rendu

²³ Sentence CIRDI dans l'affaire ARB/96/1, *Compañía del Desarrollo de Santa Helena, S.A. (CDSE) c/ La République du Costa Rica*.

mais sur lequel pesait désormais une interdiction de construire, a décidé qu'il y avait eu expropriation dans la mesure où le propriétaire avait été privé du contrôle normal de sa propriété puisqu'il ne pouvait plus l'exploiter et en tirer les bénéfices attendus (la société avait en effet acquis le terrain dans le but de le transformer en zone résidentielle). La mesure d'expropriation était temporaire mais les conséquences, c'est-à-dire la disparition des droits de jouissance et de contrôle, étaient quant à elles permanentes.

Le tribunal saisi de l'affaire *Starrett Housing v. Islamic Republic of Iran*²⁴ a décidé, par exemple, que l'interférence de l'Etat avec les droits des propriétaires avait été telle qu'elle avait rendu ces droits inutiles, ce qui conduisait à leur expropriation alors même que le titre de propriété était resté dans les mains du propriétaire.

68. L'expropriation d'un bien ou d'un droit se caractérise par la disparition, pour la personne de l'exproprié, sinon d'un titre de propriété du moins de la jouissance de ladite propriété ou de l'accès à celle-ci. S'il n'est pas nécessaire que cette disparition soit permanente, une mesure temporaire doit alors avoir des conséquences substantielles équivalentes à une perte définitive. La récupération du titre de propriété ou de l'accès à celle-ci ne replace pas le propriétaire dans sa situation initiale, ses droits ayant été substantiellement amputés des bénéfices qu'il aurait pu en tirer.

3.2.2.4.2 Interprétation retenue par le Tribunal

69. Le Tribunal rappelle que tous droits issus du contrat peuvent être a priori l'objet d'une mesure équivalente à l'expropriation qui doit, pour être ainsi qualifiée, présenter les caractéristiques suivantes:

- avoir été prise en vertu de prérogatives de puissance publique et non dans le cadre de l'exercice d'un droit prévu par un contrat.
- avoir des effets substantiels d'une intensité certaine qui réduisent et/ou font disparaître les bénéfices légitimement attendus de l'exploitation des droits objets de ladite mesure à un point tel qu'ils rendent la détention de ces droits inutile.

A la lecture de l'article 5 de l'Accord bilatéral, le Tribunal considère ces critères comme cumulatifs.

²⁴ 4 Iran-U.S. C.T.R. 122

3.2.3 Application des dispositions de l'Accord bilatéral aux réclamations du Consortium

3.2.3.1 Violation de l'obligation de non-discrimination (art. 2(2) et 3 de l'Accord bilatéral)

70. Le Tribunal examinera ici la réclamation 2.01 du Consortium relative à la non attribution du lot 3A (groupe 1).

71. A cet égard, les faits pertinents suivants ressortent du dossier. Dans le cadre de l'appel d'offre international lancé par ADM pour la réalisation de l'autoroute Rabat-Fès, le Consortium a soumissionné pour deux tronçons de ladite autoroute (lots 3A Meknès Est (pièce M8), et 3B Meknès Est-Fès (pièce M9)). Le 19 avril 1995, est signé un procès-verbal de jugement des offres attribuant au groupement marocain EL HAJJI le lot 3A et au groupement italien SISTEMI (RFCC) le lot 3B²⁵. Au cours du même mois d'avril 1995, ADM a délivré une note de jugement complémentaire dans laquelle est précisé, concernant le tronçon 3A, que: « *l'offre du groupement piloté par SISTEMI est la moins disante avec un écart de -5,2% par rapport à celle du groupement Marocain piloté par EL HAJJI* » et qu' « *il convient également de signaler que l'offre du groupement piloté par EL HAJJI est entièrement libellée en dirhams, or celle du groupement piloté par SISTEMI renferme une part en ECU de 39%* »²⁶. Les négociations qui ont suivi l'attribution du lot 3B au Consortium ont abouti à la signature du marché 19/95, le 19 mai 1995²⁷.

(i) Position des parties

72. *RFCC*: Le Consortium attribuait une importance particulière, et connue d'ADM, à l'attribution des deux lots. Il aurait été contraint d'abandonner les négociations pour le lot 3A sous la menace de perdre également le lot 3B. L'attribution du lot 3A au groupement marocain aurait été faite pour des raisons politiques et de manière discriminatoire. L'appel d'offre était international et il était impossible pour des entreprises étrangères de libeller des offres exclusivement en devise marocaine, le Dirham. Le règlement du concours prévoyait d'ailleurs la formulation d'offres en devise étrangère²⁸.

²⁵ Pièce M10.

²⁶ Pièce C48, Note de Jugement Complémentaire.

²⁷ Pièce M12.

²⁸ Voir pièce M90, Règlement Particulier du Concours, Article 6-5: « *Le soumissionnaire est obligé d'exprimer les prix du bordereau et du détail estimatif en dirhams et éventuellement en la devise de son choix...* ».

73. *Le Royaume du Maroc*: L'attribution des tronçons 3A et 3B de l'autoroute Rabat-Fès s'est effectuée conformément aux dispositions du décret numéro 2-76-479 du 14 octobre 1976 relatif aux marchés de travaux, fournitures ou services au compte de l'Etat, ainsi qu'en conformité avec le Cahier des Clauses Administratives Générales (CCAG)²⁹ et le Règlement Particulier du concours³⁰. Le Consortium ne rapporte pas la preuve que le lot 3A a été attribué au groupement marocain pour des raisons politiques. En réalité, le choix du groupement marocain a été guidé par des préoccupations de minimisation des risques financiers. En effet, par rapport à l'offre du Consortium, l'offre marocaine, libellée totalement en Dirhams, présentait pour ADM un élément de certitude financière qui a été pris en compte. En outre, il existait également sur le plan technique des éléments de risque dans le chiffrage de l'offre du Consortium, notamment s'agissant de la qualité de la grave non-traitée. Enfin, contrairement à ce qu'affirme le Consortium, les offres présentées par celui-ci pour les lots 3A et 3B n'étaient pas liées entre elles, les soumissions étant en réalité distinctes (mémoire en réponse, p. 8 ss; mémoire en duplicque, p. 103 ss).

(ii) Décision du Tribunal

74. Au vu des faits, le présent Tribunal considère qu'il n'y a pas de preuve quant à l'intention qu'aurait eu ADM de privilégier le groupement marocain au détriment du Consortium italien dans l'attribution du lot 3A, et cela pour des raisons politiques, dans le but d'avantager des entrepreneurs nationaux.

Cependant, même s'il n'y a pas eu un comportement discriminatoire intentionnel en tant que tel, il peut tout de même y avoir eu violation de l'obligation d'accorder aux investisseurs étrangers un traitement non moins favorable que celui accordé aux investisseurs nationaux. Tel pourra être le cas lorsque la différence de traitement entre investisseurs nationaux et étrangers repose sur des critères arbitraires ou dénués de tout fondement objectif.

75. A cet égard, le Tribunal considère que les motifs retenus par ADM pour attribuer le lot 3A au groupement marocain sont non seulement conformes

²⁹ Voir pièce M14 CCAG, Article 4:

« L'Exécution d'un marché ne peut être confiée qu'à un entrepreneur ayant, non seulement les capacités juridiques requises (...) mais encore les capacités techniques et financières. L'administration apprécie souverainement ces capacités. »

³⁰ Voir pièce M90, Règlement Particulier du Concours, Article 7-C intitulé

« Classement des Offres »: « Le Maître d'Ouvrage détermine après comparaison, si le soumissionnaire ayant fourni l'offre la plus avantageuse, (sur les critères de prix, de fiabilité des méthodes de construction, et de proposition de financement), présente la capacité technique et financière voulue pour exécuter le marché. (...) Les décisions du Maître d'Ouvrage ne seront susceptibles d'aucun recours de la part des soumissionnaires. »

aux dispositions régissant le concours, mais également admissibles au regard des exigences découlant des articles 2(2) et 3 de l'Accord bilatéral.

En particulier, il est établi que ADM a accordé une importance décisive au risque financier lié à l'offre du Consortium, libellée partie en Dirhams et partie en devise étrangère. Or, il est indéniable qu'une telle offre comporte pour le maître de l'ouvrage un risque de change ayant une influence sur le prix des travaux. Il s'agit là d'une différence objective entre l'offre italienne et l'offre marocaine. On ne saurait reprocher à ADM de s'être fondée sur cette différence pour attribuer le lot 3A au groupement marocain, comme le lui permettait le règlement du concours lequel prévoit que le prix est, parmi d'autres, un critère déterminant.

Le Tribunal relève que le Consortium, dont les membres sont des entrepreneurs professionnels répondant à un appel d'offres international, ne pouvait ignorer que le critère du prix, lequel est influencé par le risque de change lié à une offre libellée partie en devise étrangère, jouerait un rôle dans le cadre de l'attribution des différents lots. Le fait que le règlement du concours prévoyait la possibilité (et non l'obligation) pour les soumissionnaires d'exprimer une partie du prix du marché en devise étrangère ne signifiait pas que cet élément ne serait pas pris en considération lors de la comparaison des offres.

Dès lors que les offres marocaine et italienne étaient objectivement différentes et que le choix du groupement marocain s'est opéré sur la base de critères objectifs, admissibles au regard des dispositions du concours, on ne voit pas en quoi l'obligation de non discrimination découlant de l'Accord bilatéral aurait été violée.

3.2.3.2 Violation de l'obligation d'indemnisation pour dommages ou pertes (art. 4 de l'Accord bilatéral)

76. Pour déterminer si le Royaume du Maroc a violé son obligation d'indemniser le Consortium au titre de l'article 4 de l'Accord bilatéral, le Tribunal se penchera sur la réclamation relative à l'indemnisation des surcoûts pour arrêts de chantier et mesures d'accélération, causés par les intempéries exceptionnelles (groupe 3).

(i) Position des parties

77. *RFCC*: La météorologie exceptionnelle a provoqué des arrêts de chantier dans une période critique de l'exécution des travaux (lors de la période précédent l'avenant n° 1 daté de septembre 1997). Malgré cela, le Royaume du Maroc a refusé d'indemniser le Consortium pour les surcoûts supportés en raison des arrêts

de chantier et des mesures d'accélération qui ont dû être prises pour rattraper le retard.

78. *Le Royaume du Maroc*: Le défendeur conteste le caractère exceptionnel des intempéries. Il met également en avant l'article 3.3 du Cahier des Clauses Administratives Particulières (CCAP) qui dispose qu'« *aucun arrêt de travail du fait des intempéries (...) ne pourra donner lieu à indemnisation de la part de l'Entrepreneur, ni à une prolongation de délai* »³¹. Surtout, le Royaume du Maroc souligne le fait que les arrêts de chantier pour intempéries sont en partie imputables aux insuffisances du Consortium qui n'a pas pris toutes les mesures destinées à limiter les conséquences néfastes de la saison des pluies alors qu'il y était obligé par le CCTP.

(ii) Décision du Tribunal

79. La question à résoudre par le Tribunal est celle de savoir si le refus d'ADM d'indemniser le Consortium des surcoûts causés par les intempéries prétendument exceptionnelles est contraire à l'article 4 (1) du Traité prévoyant l'indemnisation pour dommages ou pertes « *du fait de guerres, conflits armés, états d'urgence ou autres événements analogues* ».

80. Conformément à l'interprétation de l'article 4 (1) de l'Accord bilatéral retenue par le Tribunal, il y a lieu de considérer que des intempéries, même exceptionnelles, ne constituent ni des guerres, ni des conflits armés ni un état d'urgence et ne présentent point d'analogie avec de tels événements. En d'autres termes, l'Etat d'accueil ne s'est pas engagé à indemniser les pertes des investisseurs causées par la situation climatique. L'article 4 (1) du Traité n'a donc pas vocation à s'appliquer en l'espèce. Aussi, la réclamation du Consortium relative à l'indemnisation des surcoûts (arrêts de chantier et mesures d'accélération) causés par les intempéries prétendument exceptionnelles, à supposer établis les faits allégués, ne pourrait de toute façon pas être accueillie sur le fondement de l'article 4 de l'Accord bilatéral.

3.2.3.3 Manquements aux règles relatives à l'expropriation (art. 5 de l'Accord bilatéral)

81. Le Tribunal est concerné ici par le groupe 4 des réclamations du Consortium, ayant trait principalement à l'application par ADM de pénalités de retard et à la mise en jeu des garanties contractuelles.

³¹ Pièce M13

82. Il ressort du dossier que ADM a appliqué au Consortium des pénalités de retard, arrêtés dans le décompte général et définitif à un montant total de 42.600.000 DH.

D'autre part, à la suite de la signature du contrat, le Consortium a remis à ADM les garanties contractuelles suivantes:

- une garantie à première demande émise par la Banque Commerciale du Maroc visant le paiement éventuel à ADM de la somme maximale de 8.201.187,87 DH et 472.460,96 ECU représentant le « *cautionnement définitif* » de 3% du montant initial du marché, prévu par l'article 5.1 CCAP³²;
- une garantie à première demande émise par la Banque Commerciale du Maroc visant le paiement éventuel à ADM de la somme maximale de 23.136.105,03 DH et 1.192.408,92 ECU, à titre de « *caution de substitution de la retenue de garantie* » prévue par l'article 5.2 CCAP³³.

Selon les dispositions du marché, le cautionnement définitif devait être libéré trois mois après la réception définitive des travaux, laquelle devait intervenir un an après la réception provisoire au plus tard. Quant à la caution de substitution de la retenue de garantie, elle devait être libérée à la date de la réception définitive des travaux.

Par ordres de service n°2/99 du 12 mars 1999³⁴ et n°5/99 du 25 mai 1999³⁵, ADM a demandé au Consortium de procéder à la réparation du réseau routier dégradé, de lui remettre divers quitus, et de remédier aux défauts affectant des appareils d'appui des passages supérieurs.

Par ordre de service n°6/99 du 31 juillet 1999, ADM a constaté que la réception définitive des travaux ne pourrait pas avoir lieu à cette date (soit un an après la réception provisoire du 31 juillet 1998) et invitait le Consortium à se conformer aux ordres de services susmentionnés dans un délai de 30 jours³⁶.

Par lettre du 2 août 1999, ADM informait la Banque Commerciale du Maroc que le Consortium n'avait pas satisfait à ses engagements et que la Banque ne

³² Pièces M134.1; C196.

³³ Pièces C197; M134.2 et M134.3.

³⁴ Pièce M19.1.

³⁵ Pièce M19.4.

³⁶ Pièce M19.5.

devait pas libérer les cautions remises par le Consortium avant le prononcé de la réception définitive des travaux³⁷.

Le 28 septembre 1999, ADM a appelé le montant de la caution définitive pour sa partie en Dirhams, soit 8.201.187,87 DH, au motif que le Consortium n'avait pas respecté ses engagements contractuels et que, de ce fait, la réception définitive des travaux ne pouvait avoir lieu³⁸.

(i) Position des parties

83. *RFCC*: Le Consortium soutient que l'application des pénalités de retard et la mise en jeu des garanties contractuelles furent abusives et injustifiées et qu'elles s'apparentent à une expropriation indirecte des droits de l'investisseur au sens de l'article 5 de l'Accord bilatéral.

RFCC avance comme arguments que les retards ne lui sont pas imputables et ont pour origine le bouleversement des travaux (dont ADM serait responsable, conjointement avec des intempéries exceptionnelles et des imprévus géologiques). Le Consortium aurait donc eu droit à une prolongation des délais d'exécution, de sorte que la rétention par ADM de pénalités de retard serait injustifiée.

En ce qui concerne les garanties contractuelles, le Consortium estime qu'ADM a refusé, sans raison légitime, de prononcer la réception définitive des travaux et, partant, de libérer les cautionnements, dès lors que les vices de construction invoqués par ADM étaient mineurs et que les travaux manquants n'empêchaient pas la réception définitive. En outre, l'appel à la caution définitive pour l'intégralité de son montant serait en tout état de cause disproportionné, dès lors que le préjudice qu'aurait subi le maître de l'ouvrage en relation avec les vices de construction allégués serait très largement inférieur à ce montant.

En définitive, le Consortium prétend avoir été privé, par l'application injustifiée de pénalités de retard, du bénéfice légitime attendu du contrat. Dans la même perspective, il aurait été dépossédé de son avoir de par la rétention abusive des sommes déposées en caution. Dans ces conditions, il aurait fait l'objet d'une mesure équivalente à une expropriation, prise en violation de l'article 5 de l'Accord bilatéral.

84. *Le Royaume du Maroc*: Le défendeur soutient que le Consortium n'avait aucun droit à prolongation de délai et que le droit du maître d'ouvrage

³⁷ Pièce M135.

³⁸ Pièce M25.

d'appliquer les pénalités de retard était expressément prévu à l'avenant n° 1 (article 4.2.1 et 4.2.2)³⁹ et plus généralement prévu par l'article 36 du CCAG.

En ce qui concerne les garanties contractuelles, le Royaume du Maroc estime que ADM a agi conformément aux dispositions régissant le marché et n'a commis aucun abus à l'égard des cautions. En effet, le Consortium n'aurait pas satisfait aux ordres de service des 12 mars et 25 mai 1999 et n'aurait ainsi pas exécuté ses obligations, ce qui aurait eu pour conséquence immédiate d'empêcher le prononcé de la réception définitive des travaux et justifierait la mise en jeu des cautions. En particulier, le défendeur souligne que le montant du cautionnement définitif auquel ADM a fait appel est à la hauteur des obligations du Consortium non satisfaites, notamment en raison des saisies-arrêts effectuées entre les mains d'ADM par les créanciers du Consortium et dont celui-ci omet de tenir compte. Le Royaume du Maroc relève encore que le Consortium a intenté une action contre ADM devant les juridictions marocaines aux fins de se voir restituer les sommes retenues. La mise en jeu des garanties contractuelles n'aurait ainsi qu'un caractère provisoire, ce qui empêcherait de la qualifier de mesure d'expropriation (mémoire en duplique, p. 13).

Le Royaume du Maroc soutient qu'en toute hypothèse, le Consortium ne démontre pas la violation de l'Accord bilatéral, car les réclamations présentées se fondent uniquement sur les difficultés inhérentes à l'exécution d'un contrat de nature purement commerciale.

(ii) Décision du Tribunal

85. Le Tribunal applique l'article 5 tel qu'interprété par lui et cherchera donc à établir premièrement si les décisions d'appliquer les pénalités de retard et de retenir les garanties déposées par le Consortium auprès de la Banque Commerciale du Maroc, respectivement d'y faire appel, s'apparentent à des mesures prises par l'Etat en vertu de prérogatives de puissance publique et, deuxièmement, si ces mesures ont affecté substantiellement l'investissement du Consortium.

86. Concernant le premier critère, le Tribunal considère que l'application de pénalités de retard ainsi que la mise en jeu des garanties contractuelles sont des prérogatives prévues par le contrat. Dans ce cadre, ADM n'a pas mis en oeuvre, formellement (adoption d'un loi, d'un règlement ou exécution d'une décision judiciaire) ou moins formellement (critères jurisprudentiels relatifs à l'interférence de l'Etat) des prérogatives de puissance publique.

³⁹ Pièces C7; M16.

87. Le Tribunal souligne que l'ensemble des réclamations du demandeur fondées sur la violation de l'article 5 de l'Accord bilatéral relève du pur débat contractuel. En particulier s'agissant des pénalités de retard et de la mise en jeu des garanties bancaires, les parties s'opposent sur l'interprétation à donner à certaines dispositions du contrat et sur la question de savoir si et dans quelle mesure l'entrepreneur ou le maître de l'ouvrage a mal exécuté ses obligations au titre du contrat.

Or, les allégations du Consortium relatives aux manquements contractuels de l'Etat et/ou de ADM, même à les supposer avérées, ne pourraient pas constituer une violation de l'article 5 de l'Accord bilatéral. Un manquement à l'exécution d'un contrat, de nature à léser les intérêts du cocontractant, ne peut s'analyser en une mesure d'expropriation. Une chose est de priver un investisseur de ses droits contractuels reconnus par la seule force de l'autorité étatique, autre chose est de contester la réalité ou l'étendue de ces droits par application du contrat. En l'espèce, le litige repose sur des divergences quant à l'interprétation du contrat et quant à la responsabilité contractuelle respective du maître de l'ouvrage ou de l'entrepreneur et ne dépasse par le désaccord normal entre cocontractants. Il s'agit d'un pur contentieux du contrat, et non de l'expropriation.

Il s'ensuit que le fait pour ADM d'appliquer des pénalités de retard et de mettre en jeu les garanties contractuelles ne saurait être qualifié de mesure équivalente à une expropriation.

88. La même solution s'applique aux autres réclamations du Consortium appartenant au groupe 4, à savoir celles relatives au problème de la TVA, à la rétention de pénalités techniques, au prélèvement par ADM d'intérêts prétendument injustifiés, respectivement à la non application d'intérêts auxquels le Consortium dit avoir droit, ou encore à la non indemnisation de certains surcoûts liés à la prolongation des délais d'exécution des travaux. Aucun des griefs soulevés à cet égard par le Consortium ne se rattache à la mise en œuvre par ADM de prérogatives de puissance publique et ne sort du cadre d'un contentieux purement contractuel.

89. Les conditions posées par l'article 5 du Traité étant cumulatives et le Tribunal ayant constaté qu'il n'était pas en présence de mesures pouvant être rattachées, de par leur forme, à des mesures d'expropriation indirecte, il n'est pas besoin de procéder à l'analyse des effets de telles mesures.

En conclusion, les réclamations du Consortium présentées sur la base de l'article 5 du Traité sont mal fondées et seront rejetées.

3.2.3.4 Violation de l'obligation d'assurer un traitement juste et équitable (art. 2(2) de l'Accord bilatéral)

90. Le Consortium soutient, d'une manière générale, que l'ensemble de ses réclamations se fonde sur une violation de l'article 2 de l'Accord bilatéral, imputable au Royaume du Maroc (mémoire en réplique, p. 69–70). Aussi le Tribunal examinera-t-il successivement les différents groupes de réclamations du Consortium au regard du devoir de l'Etat d'assurer un traitement juste et équitable au sens de l'article 2(2) du Traité, dont la portée a été définie ci-dessus.

91. Toutefois, avant de procéder à cet examen, le Tribunal considère opportun de se pencher sur l'allégation du Consortium, selon laquelle il aurait fait l'objet d'un déni de justice dans le traitement de ses réclamations. Cette allégation ne fait pas l'objet d'une demande d'indemnisation spécifique, mais est plutôt invoquée au soutien de l'ensemble des réclamations, dans le but de démontrer l'existence d'une violation des articles 2 et 3 de l'Accord bilatéral (mémoire en réplique, p. 59 ss et 69). De par son caractère général, il convient ainsi d'aborder cette question avant l'examen détaillé des réclamations spécifiques. Le Tribunal se prononcera sur l'allégation de déni de justice dans la présente section relative à l'article 2 de l'Accord bilatéral, étant précisé qu'il vérifiera si l'article 3, également invoqué par le Consortium, a été respecté.

3.2.3.4.1 Déni de justice

(i) Position des parties

92. *RFCC*: Dans son mémoire en réplique (p. 59 ss), le Consortium soutient que le Président d'ADM, et Ministre de l'Équipement, aurait commis un déni de justice en s'abstenant de répondre, alors qu'il en avait l'obligation, au mémoire de réclamation qui lui avait été soumis par le Consortium en application de l'article 51 CCAG. En outre, l'absence de réponse de la part du Ministre démontrerait la mauvaise foi caractérisée dont l'administration marocaine aurait fait preuve à l'égard du Consortium, celle-ci ayant eu dès le départ la volonté délibérée de méconnaître les prétentions légitimes de RFCC. Ce dernier en veut pour preuve que les services du Ministre avaient préparé un projet de réponse qui ne lui a jamais été communiqué⁴⁰.

⁴⁰ Pièce C148.

93. *Le Royaume du Maroc*: Dans son mémoire en duplique (p. 14 ss), le défendeur soutient que l'article 51 CCAG n'oblige pas le Ministre à fournir une réponse; en vertu de cette disposition, l'absence de réponse équivaut simplement à une décision négative emportant rejet des réclamations. Il n'existerait dès lors pas de déni de justice. Quant au projet de réponse invoqué par le Consortium, il aurait été préparé, de l'aveu même du Consortium, en octobre-novembre 1998 et ne se rapporterait donc pas à la réclamation sur le décompte général et définitif déposé par le Consortium à l'attention du Président d'ADM et Ministre de l'Equipement en juillet 1999. Ce document ne serait dès lors d'aucune pertinence.

(ii) Décision du Tribunal

94. Le Tribunal ne saurait suivre le demandeur, lorsqu'il affirme que l'absence de réponse de la part du Président d'ADM, et Ministre de l'Equipement, constituerait un déni de justice.

Selon l'article 51 CCAG, dont le Consortium admet lui-même qu'il s'appliquait au mémoire de réclamation déposé, l'absence de réponse est une possibilité expressément reconnue au Ministre et équivaut à une décision négative sur le fond emportant rejet des réclamations. De même qu'en cas de décision négative, le Consortium était en droit de saisir les juridictions compétentes en cas d'absence de réponse. Le principe d'assimilation d'une absence de réponse à une décision négative est d'ailleurs généralement admis en droit administratif et n'a rien d'extraordinaire. Il en résulte que le Président d'ADM et Ministre de l'Equipement, en s'abstenant de répondre aux réclamations du Consortium, a fait usage d'un droit que lui conférait le marché et ne saurait se voir reprocher un déni de justice.

Quant à l'allégation, selon laquelle l'administration marocaine aurait fait preuve de mauvaise foi dans le traitement des réclamations du Consortium, force est de constater qu'aucune preuve ne vient l'établir. En particulier, il n'est pas établi, en raison de l'incertitude qui entoure sa date (mais vraisemblablement en octobre-novembre 1998), que le projet de réponse dont fait état le demandeur se rapporterait à la réclamation du Consortium déposée auprès du Président d'ADM en juillet 1999 et qui est restée sans suite. Dans tous les cas, ce projet de réponse ne démontre pas qu'une réponse favorable aux réclamations avait été envisagée avant d'être refusée.

Par ailleurs, le Tribunal relève qu'il n'est ni allégué ni établi que le Président d'ADM et Ministre de l'Equipement aurait traité le Consortium de façon discriminatoire par rapport à d'autres investisseurs marocains ou étrangers, en ne fournissant pas de réponse à son mémoire de réclamation.

Dans ces circonstances, le Tribunal retient que le demandeur n'a pas rapporté la preuve d'un déni de justice, d'un comportement abusif ou d'une mesure discriminatoire dont aurait fait preuve l'administration marocaine dans le traitement de ses réclamations et, partant, a échoué dans la démonstration d'une violation des articles 2 ou 3 de l'Accord bilatéral.

95. S'agissant de l'allégation générale de violation de l'article 2 à raison du refus de satisfaire aux réclamations, allégation qui sous-tend l'argumentation du demandeur, le Tribunal ne peut que la rejeter. Le refus d'ADM, puis du Ministre de l'Équipement, de reconnaître le bien-fondé des réclamations contractuelles du Consortium ne peut constituer « en soi » un traitement injuste et inéquitable sans transformer tout différend d'ordre contractuel et même la simple non-satisfaction d'une réclamation, en une violation du Traité. Pour les raisons précédemment indiquées, le Tribunal ne peut, sauf circonstance spécifique non démontrée, considérer que tout refus de faire droit à une réclamation contractuelle, même justifiée, s'analyse ipso jure en une violation de l'Accord bilatéral.

3.2.3.4.2 Groupe 1: réclamation relative à la non attribution du lot 3A

96. Comme le Tribunal l'a jugé plus haut, la non attribution du lot 3A au Consortium ne saurait constituer une violation de l'article 3 de l'Accord bilatéral mettant à la charge du Royaume du Maroc une obligation de non discrimination. Il a ainsi été établi que la décision d'attribuer ce lot au groupement marocain reposait sur des critères objectifs relatifs notamment au risque de change lié à l'offre italienne, et non pas sur des raisons politiques ou discriminatoires fondées sur la nationalité du Consortium italien.

97. Cela étant, le Tribunal considère que la non attribution du lot 3A au Consortium ne viole pas non plus l'obligation d'assurer un traitement juste et équitable imposée aux Etats parties au Traité.

Le Tribunal rappelle que l'obligation d'assurer un traitement juste et équitable interdit à l'Etat d'accueil de prendre à l'encontre d'un investisseur des mesures injustifiées ou discriminatoires (art. 2(2) de l'Accord bilatéral). Une mesure sera discriminatoire, lorsque l'Etat traite un investissement moins favorablement qu'un autre, soit pour un motif politique, soit en l'absence de motif objectif justifiant un traitement différencié. De même, une mesure sera injustifiée, lorsqu'aucun motif objectif ne vient expliquer le comportement de l'Etat.

En l'espèce, comme on l'a déjà dit, la décision de ne pas attribuer le lot 3A au Consortium n'est pas dénuée de tout fondement objectif et ne saurait être

qualifiée d'arbitraire. Aucune violation de l'article 2(2) du Traité n'étant dès lors imputable au Royaume du Maroc à cet égard, la réclamation du Consortium sera rejetée.

3.2.3.4.3 Groupe 2: réclamations relatives à l'indemnisation des surcoûts occasionnés par l'augmentation de la masse et la modification de la nature des travaux

98. L'examen de l'ensemble de ces réclamations montre qu'elles se fondent, d'une manière générale, sur l'allégation que l'administration marocaine n'aurait pas respecté ses obligations au titre du contrat (mauvaise conception de l'avant-projet et du projet, retard dans la libération des sites et la remise des plans, absence de rémunération ou rémunération incorrecte pour certains travaux, absence de compensation pour des surcoûts occasionnés par des défaillances de l'administration, etc.).

99. Le Tribunal retient que ces réclamations restent dans la catégorie des prétentions purement contractuelles dont le bien-fondé éventuel ne peut être reconnu dans le cadre du présent arbitrage que si elles réalisent en même temps une violation de l'Accord bilatéral établie à la charge de l'Etat. Il convient de rappeler à cet égard qu'un manquement contractuel ne saurait constituer, par définition et en lui-même, une violation du Traité, comme l'a jugé le Tribunal ci-dessus.

100. Le Tribunal considère qu'à supposer établis les manquements contractuels dénoncés par le Consortium, il n'est jamais démontré que ceux-ci procèderaient de la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, et ne sont pas susceptibles de mettre en péril les objectifs de l'Accord bilatéral. La position d'ADM et/ou du Royaume du Maroc correspond à un mode fonctionnel de discussion entre un maître d'ouvrage et un entrepreneur de construction. Le Consortium n'a rapporté la preuve d'aucune circonstance particulière permettant de démontrer que les violations contractuelles de l'administration marocaine, à les supposer établies, atteindraient une intensité telle qu'elles emporteraient violation de l'art. 2(2) de l'Accord bilatéral.

Dès lors, les manquements contractuels allégués par le Consortium, même à les supposer établis, ne constituent pas un manquement à l'obligation d'assurer un traitement juste et équitable au sens de l'article 2(2) de l'Accord bilatéral. En conséquence, le Tribunal ne peut que rejeter les réclamations du demandeur appartenant au groupe 2.

3.2.3.4.4 Groupe 3: réclamation relative à l'indemnisation des surcoûts entraînés par les intempéries dites exceptionnelles ayant affecté la période antérieure à l'avenant n° 1

101. La réclamation du Consortium relative à l'indemnisation des surcoûts (pour arrêts de chantier et mesures d'accélération) entraînés par les intempéries prétendument exceptionnelles a déjà été examinée au regard de l'article 4 de l'Accord bilatéral. Le Tribunal a considéré que cette disposition n'avait pas vocation à s'appliquer en l'espèce et que la réclamation du Consortium, à supposer établis les faits allégués, ne saurait être accueillie sur cette base.

Il reste à examiner si une violation du devoir d'assurer un traitement juste et équitable peut être reprochée au Royaume du Maroc en relation avec cette réclamation.

102. A nouveau, le Tribunal relève que la question de savoir si le Consortium a droit à une indemnisation pour les surcoûts allégués découlant des intempéries prétendument exceptionnelles est une question purement contractuelle. Même en admettant qu'un tel droit existe au titre du contrat, cela ne signifie pas encore que la méconnaissance de ce droit contractuel constitue en même temps une violation de l'Accord bilatéral, singulièrement de son article 2(2), imputable au défendeur.

Le Tribunal constate que le refus du Royaume du Maroc et/ou d'ADM d'indemniser le Consortium pour les surcoûts présentés par celui-ci se fonde sur des motifs objectifs tirés de la situation factuelle et des dispositions du contrat. Ainsi, le caractère exceptionnel des intempéries, ainsi que le décompte des jours d'arrêt de chantier, sont contestés. Des dispositions du contrat sont mises en avant pour justifier le rejet de la réclamation⁴¹. Par ailleurs, les objections tirées de la mauvaise exécution par le Consortium de ses propres obligations contractuelles n'apparaissent pas d'emblée dénuées de tout fondement.

En réalité, la divergence d'approche, en fait et en droit, des parties quant à l'existence et aux conséquences des intempéries est à l'origine de la réclamation du Consortium. Ce désaccord ne dépasse pas le cadre normal d'un litige purement contractuel entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur. Aucune circonstance particulière n'est établie permettant d'imputer au Royaume du

⁴¹ Voir CCTP (Cahier des Clauses Techniques Particulières), article B.2.2.2: pistes de chantier circulables par tout temps; articles B.2.4.2.1, B.2.5.2.2.1 et B.2.5.2.3: réalisation de l'assainissement provisoire(pièce C53.2).

Maroc une violation de son obligation d'assurer un traitement juste et équitable. En particulier, le fait pour ADM d'avoir notifié au Consortium des mises en demeure en vue de faire accélérer les travaux ne saurait être qualifiée de mesures prises en vertu de prérogatives de puissance publique. Ces mises en demeure s'inscrivent dans le cadre de l'exécution du contrat et sont régies par le CCAG. Elles étaient motivées par l'interprétation que faisait ADM des dispositions du contrat et de la situation de fait. Même si cette interprétation peut être sujette à critique (mais c'est là une question qui relève du contrat), il n'est pas de la compétence du présent Tribunal de rentrer dans son analyse détaillée étant donné que l'Etat, à travers ADM, n'est pas sorti de son rôle de cocontractant.

3.2.3.4.5 Groupe 4: réclamations relatives principalement à l'application des pénalités de retard et à la mise en jeu des garanties contractuelles

103. Ces réclamations du Consortium ont déjà été examinées au regard de l'article 5 de l'Accord bilatéral. Le Tribunal a considéré que l'application des pénalités de retard et la mise en jeu des garanties contractuelles, même à les supposer contraires au contrat, ne sauraient être assimilées à des mesures ayant des effets équivalents à une expropriation au sens de l'article 5 du Traité, dès lors que ces mesures ne relevaient pas de l'exercice de prérogatives de puissance publique.

Ainsi, il peut d'ores et déjà être fait la même remarque pour la violation de l'obligation de traitement juste et équitable qui sanctionne pareillement à l'article 5 des comportements que seule une autorité publique peut adopter.

Le Consortium affirme que l'administration marocaine a appliqué des pénalités de retard et mis en jeu les cautions, dans le but de faire pression sur lui de manière abusive et de l'amener à renoncer à ses réclamations au titre du décompte général.

104. En ce qui concerne l'application des pénalités de retard, le Tribunal relève qu'il s'agit d'un droit du maître de l'ouvrage prévu au contrat. Savoir si le maître de l'ouvrage était fondé dans les circonstances du cas d'espèce à retenir ces pénalités ou si au contraire le Consortium pouvait prétendre à une prolongation des délais d'exécution et, partant, à une restitution des pénalités appliquées à tort, est une question purement contractuelle. Même en admettant que le Consortium aurait eu droit à une prolongation des délais, cela ne signifie pas encore que la méconnaissance de ce droit contractuel constitue en même temps une violation de l'Accord bilatéral, singulièrement de son article 2(2), imputable au défendeur, selon les critères dégagés par le Tribunal.

Le Tribunal n'a pas à procéder à l'examen détaillé des inexécutions contractuelles dont s'accusent mutuellement les parties. Il doit vérifier si le Royaume du Maroc a respecté ses obligations au titre de l'Accord bilatéral. Dans cette perspective, il relève que le refus par ADM de prolonger les délais d'exécution et, partant, l'application des pénalités de retard, ne sont pas des décisions prises en l'absence de tout motif objectif, de façon unilatérale et arbitraire.

En réalité, le désaccord des parties, en fait et en droit, ne dépasse pas le cadre normal d'un litige purement contractuel entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur.

En particulier, l'allégation du Consortium, selon laquelle le montant des pénalités de retard aurait été indûment augmenté dans le but de faire pression sur lui et de le « punir » pour avoir formulé des réclamations au titre du décompte général et définitif apparaît infondée.

A ce sujet, la Convention prétend qu'un décompte général et définitif a été soumis à sa signature le 12 mars 1999 et que, devant son refus de le signer, ADM aurait établi un deuxième décompte général et définitif qui lui a été remis le 25 mars 1999 dans lequel les pénalités passaient de 43.247.230 DH à 47.797.230 DH, décompte que le Consortium a refusé de signer, le considérant comme "punitif" (mémoire en demande, p. 27 à 29 et 117).

Le Royaume du Maroc soutient, au contraire, que seul le décompte soumis le 25 mars 1999, revêtu de la signature de M. Fikrat (C 34-4 et M 21), était agréé par ADM ; qu'il a été présenté au Consortium le 12 mars 1999 ; qu'il a été présenté une nouvelle fois le 25 mars 1999, date à laquelle a été établi le procès-verbal de présentation constatant le refus de M. Perazzini de signer ledit décompte (C 34-4 et M 21, 1ère page) ; que le second décompte ne constituait qu'une simulation non signée de la position du Consortium (C34-2) remis le 12 mars 1999 aux représentants de celui-ci à leur demande à titre de document de travail. Le principal désaccord porte sur la période d'application des pénalités de retard, que le document C 34-2 arrêta au 30 avril 1998 alors que le document C 34-4 l'arrêta au 31 juillet 1998. Le Royaume du Maroc fait observer que la facture du Consortium du 3 août 1998, signée par M. Perazzini et établie sur la base du décompte provisoire n° 35 du 27 juillet 1998, faisait état de pénalités de retard jusqu'à cette date.

Au vu de ce qui précède, on ne saurait retenir que l'établissement du décompte général et définitif et le calcul des pénalités de retard soient le résultat d'une manœuvre « *dolosive et abusive* » d'ADM, comme le prétend le Consortium. Le Tribunal considère ainsi que la preuve d'un comportement contraire à l'obligation

d'assurer un traitement juste et équitable à la charge de l'Etat n'est pas rapportée en ce qui concerne l'application des pénalités de retard.

105. En ce qui concerne la mise en jeu des garanties contractuelles, le Tribunal retient également que le maître de l'ouvrage a exercé une prérogative prévue au contrat. Savoir si la mise en jeu des garanties était justifiée en l'espèce est une question purement contractuelle. En particulier, s'agissant de l'appel au cautionnement définitif, il appartient au juge du contrat de déterminer si l'appel à cette garantie était fondé dans son principe ou dans son montant.

Au regard de l'article 2(2) de l'Accord bilatéral, contrairement à ce qu'avance le Consortium, rien ne montre que ADM aurait agi en l'absence de tout motif objectif, de manière arbitraire, dans le but de porter préjudice au Consortium ou de faire pression sur lui.

Surtout, le Consortium n'était pas dépourvu de tout recours contre la mise en jeu des garanties. Les juridictions marocaines étaient compétentes pour trancher les litiges s'y rapportant et ont été effectivement saisies d'une action dirigée par le Consortium contre ADM, aux fins d'obtenir la restitution des sommes retenues. Or, le Consortium a obtenu gain de cause en première instance, la décision étant frappée d'un appel interjeté par ADM. Dans cette perspective, l'argument avancé par le Consortium, selon lequel les montants appelés en garantie étaient disproportionnés par rapport au montant du préjudice réellement subi par le maître de l'ouvrage, apparaît inopérant. A supposer même que le montant appelé était excessif, question qu'il appartiendra au juge marocain déjà saisi de trancher, on ne voit pas en quoi cela caractériserait une violation de l'article 2(2) de l'Accord bilatéral à la charge du Royaume du Maroc, puisque le Consortium dispose d'un moyen de droit, qu'il a exercé à satisfaction, pour obtenir la restitution du montant de la caution dépassant le montant du préjudice effectivement subi par ADM.

Dans ces circonstances, le Tribunal ne discerne aucune violation imputable au Royaume du Maroc de son obligation d'assurer un traitement juste et équitable, s'agissant de la mise en jeu litigieuse des garanties contractuelles.

3.2.3.4.6 Groupe 5: réclamation relative à l'exclusion du Consortium du marché marocain

(i) Position des parties

106. *RFCC*: Le Consortium soutient que le comportement d'ensemble du Royaume du Maroc, agissant à travers son émanation, ADM, a consisté à

nier systématiquement les droits de l'entrepreneur (notamment le droit à des rémunérations supplémentaires et à l'extension des délais d'exécution) et à faire pression sur ce dernier pour lui faire abandonner ses réclamations (notamment en lui appliquant des pénalités de retard, en refusant abusivement de libérer les garanties contractuelles et en faisant appel à l'une d'elles). Ce comportement aurait eu pour conséquences que le Consortium a été privé de son investissement au Maroc et contraint de liquider à pertes, en décembre 2000, son infrastructure sise au Maroc (mémoire en demande, p. 112 ss; mémoire en réplique, p. 224 ss).

107. *Le Royaume du Maroc*: le défendeur soutient, pour sa part, que cette réclamation du Consortium n'aurait pas été présentée dans la requête d'arbitrage; elle serait ainsi nouvelle, partant irrecevable. Quoi qu'il en soit, sur le fond, cette réclamation serait très largement redondante avec les autres réclamations formulées individuellement. Surtout, elle se baserait sur des griefs injustifiés et qui ne constitueraient pas des violations de l'Accord bilatéral. En particulier, le Consortium ne rapporte pas la preuve que son établissement au Maroc n'était pas uniquement temporaire, limité à la construction du tronçon d'autoroute 3B (mémoire en réponse, p. 116 ss; mémoire en duplique, p. 101 ss).

(ii) Décision du Tribunal

108. Il ressort des mémoires du Consortium que cette réclamation est en réalité une reprise de l'ensemble de ses réclamations spécifiques tenant lieu finalement de conclusion générale, en ce sens que l'investissement du Consortium aurait été réduit à néant en raison de l'ensemble des agissements du Royaume du Maroc et/ou de ADM.

Le Tribunal a procédé à l'examen des réclamations spécifiques du Consortium et n'a pu établir aucune violation du Traité à la charge du Royaume du Maroc.

Le Consortium voudrait faire admettre que les griefs dénoncés, considérés dans leur ensemble, démontreraient l'existence d'une volonté préméditée de l'Etat du Maroc de porter préjudice au Consortium en le privant de son investissement.

Toutefois, le Tribunal ne peut que constater l'absence de preuve quant à l'intention qu'aurait eue le Royaume du Maroc d'exclure le Consortium italien du marché marocain et de lui porter ainsi préjudice. De la même manière, il n'est pas démontré qu'il aurait eu un comportement discriminatoire à l'égard du Consortium, que ce soit au regard de l'article 2 ou 3 de l'Accord bilatéral. Une fois encore, le Tribunal relève que le litige opposant les parties ne dépasse pas le cadre normal d'un litige contractuel opposant un maître de l'ouvrage à

un entrepreneur. Aucune circonstance particulière n'est établie permettant de démontrer la violation de l'Accord bilatéral, notamment de l'obligation de traitement juste et équitable. C'est le lieu de rappeler qu'un Traité de protection des investissements ne peut servir à compenser un investisseur déçu du résultat financier de l'opération réalisée, à moins qu'il ne prouve que sa déception soit consécutive au comportement de l'Etat d'accueil qui aurait agi en violation de ses obligations assumées au titre du Traité, preuve qui n'a pas été rapportée en l'espèce.

4. L'IMPUTABILITE A L'ETAT DU MAROC DES VIOLATIONS DE L'ACCORD BILATERAL

109. Les violations alléguées de l'Accord bilatéral n'étant pas constituées, la question de leur imputabilité au défendeur devient sans objet.

5. CONCLUSION

110. Il résulte de la décision sur la compétence qu'il n'entre dans la compétence du Tribunal de statuer sur les manquements au contrat liant le demandeur à ADM que si ces manquements sont constitutifs de violations de l'Accord bilatéral italo-marocain.

Or, l'examen auquel s'est livré le Tribunal a montré que les faits allégués par le demandeur, à les supposer établis, ne constituent pas des manquements à l'Accord bilatéral à la charge du défendeur.

111. En conclusion, les demandes du Consortium seront rejetées.

V. FRAIS DE L'ARBITRAGE

112. Pour rendre sa décision concernant les frais d'arbitrage, le Tribunal prendra en considération, d'une part, le fait que le Consortium a obtenu gain de cause dans le cadre de la procédure menant à la sentence préliminaire sur la compétence du 16 juillet 2001 et, d'autre part, que le Royaume du Maroc a obtenu gain de cause dans le cadre de la procédure sur le fond.

Bien qu'en définitive, le Consortium se soit vu entièrement débouté de sa demande, le Tribunal retient que cette demande ne saurait être qualifiée de manifestation infondée, au vu des questions juridiquement complexes soulevées par la présente procédure.

113. Par conséquent, en application de l'article 61 de la Convention de Washington régissant la présente procédure, le Tribunal tient pour équitable, compte tenu de l'ensemble des circonstances du litige et de la pratique du CIRDI en la matière, de statuer comme suit sur la répartition des frais de l'arbitrage:

- Chaque partie supportera ses propres frais et honoraires de conseils et de représentation engagés dans la présente procédure.
- Les frais d'arbitrage, y compris les frais et honoraires des membres du Tribunal ainsi que les frais du CIRDI seront supportés par les parties à parts égales.

VI. DECISION

Vu l'ensemble des motifs exposés précédemment,

Le Tribunal:

1. rejette les demandes du Consortium RFCC;
2. met les frais d'arbitrage à parts égales à la charge du Consortium RFCC et du Royaume du Maroc;
3. dit que chaque partie supportera ses propres frais et honoraires de conseils et de représentation engagés dans la présente procédure;
4. rejette toutes autres ou plus amples conclusions.

Lieu de l'arbitrage : Paris

MAÎTRE
ROBERT BRINER

MAÎTRE
BERNARDO CREMADES

PROFESSEUR
IBRAHIM FADLALLAH