

**CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS  
RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS**

**MALICORP LIMITED**

Demanderesse

c.

**RÉPUBLIQUE ARABE D'ÉGYPTE**

Défenderesse

**Affaire CIRDI No. ARB/08/18**

---

**Sentence**

---

Membres du Tribunal :  
Professeur Pierre Tercier, Président  
Professeur Luiz Olavo Baptista, Arbitre  
Maître Pierre-Yves Tschanz, Arbitre

Secrétaire du Tribunal :  
Mme Aurélia Antonietti

*Pour la Demanderesse*

Maître Christian BREMOND  
Maître Sylvie MOREL  
Maître Yassin TAGELDING YASSIN  
Maître Jean-Pierre COUTARD  
BREMOND, VAÏSSE, RAMBERT & ASSOCIES  
55, rue Pierre Charron  
75008 Paris - France

*Pour la Défenderesse*

Maître Thomas H. WEBSTER  
Maître Asser HARB  
32, avenue de l'Opéra  
75001 Paris - France  
S.E.M. Sedky KHOLOUSY  
M. Ahmed SAAD  
EGYPTIAN STATE LAWSUITS AUTHORITY  
10th Floor, Mogamaa Building  
Tahrir Sq.  
Le Caire - Egypte

Date de notification aux Parties : 7 février 2011

## Table des matières

<b>I. EN FAIT .....</b>	<b>3</b>
1. Les Parties .....	3
2. Le rappel de la chronologie générale.....	3
2.1. De l'appel d'offres à la conclusion du Contrat .....	3
2.2. De la conclusion du Contrat à son annulation .....	7
2.3. Les événements postérieurs à l'annulation .....	11
3. Les autres procédures intentées par les Parties.....	12
3.1. La Procédure arbitrale devant le CRCICA .....	12
3.1.1. La procédure arbitrale .....	12
3.1.2. Les procédures de saisies et d'exécution .....	15
3.2. La procédure pénale devant la Cour d'Assises du Caire .....	16
4. La procédure arbitrale .....	17
<b>II. EN DROIT .....</b>	<b>21</b>
A. EN GENERAL .....	21
1. Les fondements de l'arbitrage .....	21
2. Les conclusions des Parties .....	23
3. Le plan de la Sentence.....	24
B. LA COMPETENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL .....	25
1. Le problème.....	25
2. La décision du Tribunal arbitral .....	25
2.1. Les fondements de la compétence du Tribunal.....	25
2.2. L'existence d'un litige relatif à un investissement ?.....	31
2.3. Le problème de la violation alléguée des règles de la bonne foi .....	34
2.4. Première conclusion.....	37
C. LES VIOLATIONS ALLEGUEES DE L'ACCORD .....	37
1. Le problème.....	37
2. Les fondements de la prétention.....	38
3. Les causes relatives à la conclusion du Contrat .....	41
4. Les motifs liés à l'exécution du Contrat.....	44
5. Seconde conclusion .....	46
D. LA FIXATION ET L'ALLOCATION DES FRAIS ET DEPENS DE L'ARBITRAGE .....	46
1. Les conclusions des Parties .....	46
2. La position du Tribunal arbitral.....	47
3. Troisième et quatrième conclusions .....	47
<b>III. DISPOSITIF.....</b>	<b>48</b>

## I. EN FAIT

La présentation qui suit est volontairement sommaire. Dans la mesure où cela se révélera nécessaire à la solution du litige, les questions de fait importantes seront discutées plus en détail dans la Partie « EN DROIT »<sup>1</sup>.

### 1. Les Parties

1. **La Demanderesse**, Malicorp Limited (ci-après : « la Demanderesse », « le Concessionnaire » ou « Malicorp »), est une société fondée le 6 août 1997 et enregistrée auprès de la « Companies House » au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, sous le n° 3415415. Elle a son siège social au 72 Watling Street, Radlett, Hertfordshire WD7 7NP, Royaume-Uni. Selon le « *Memorandum and Articles of Association of Malicorp limited* » du 30 juillet 1997 (article 5), le capital-actions s'élevait à 1000 livres sterling divisé en 1000 actions d'une livre sterling (Pièce R-1, p. 2 ss = R-2, p. 20).
2. **La Défenderesse** est la République Arabe d'Egypte (ci-après « la Défenderesse », « le Concédant » ou « la République »).

### 2. Le rappel de la chronologie générale

#### 2.1. De l'appel d'offres à la conclusion du Contrat

3. Le 21 juin 1999, la Défenderesse a annoncé son intention de construire l'*Aéroport International de Ras-Sudr* ; elle a fixé les conditions auxquelles devraient satisfaire les futurs investisseurs (Pièce R-2, p. 28 ss).

---

<sup>1</sup> S'agissant des écritures et des pièces, les abréviations retenues sont les suivantes :

Dem. 21.10.2008 :	« Requête introductive de procédure arbitrale » du 21 octobre 2008 ;
Déf. 01.07.2009 :	« Submission of the Government of the Arab Republic of Egypt on preliminary jurisdictional objections » du 1 <sup>er</sup> juillet 2009 ;
Dem. 23.07.2009 :	« Mémoire en réponse à la soumission du Gouvernement de la République Arabe d'Egypte sur les Objections préliminaires juridictionnelles » de Malicorp du 23 juillet 2009 ;
Dem. 23.10.2009 :	« Mémoire sur le fond et contre-mémoire en réponse à la soumission du Gouvernement de la République Arabe d'Egypte sur les objections préliminaires juridictionnelles » de Malicorp du 23 octobre 2009 ;
Déf. 08.01.2010 :	« Reply Submission of the Government of the Arab Republic of Egypt and initial submission on the merits » du 8 janvier 2010 ;
Dem. 05.02.2010 :	« Mémoire en réponse sur le fond et mémoire en réplique sur la compétence » de Malicorp du 5 février 2010 ;
Déf. 05.03.2010 :	« Reply Submission of the Arab Republic of Egypt on the merits » du 5 mars 2010 ;
Pièce C-[...] :	Pièce à l'appui de la position de la Demanderesse ;
Pièce R-[...] :	Pièce à l'appui de la position de la Défenderesse ;
PV du 31.07.2009 :	Procès-verbal de la première session du 31 juillet 2009 ;
PV du 29.03.2010 :	Procès-verbal de la conférence téléphonique du 29 mars 2010 ;
Transcript du 19/20.04.2010 :	Compte-rendu de l'audience des 19 et 20 avril 2010 (F = français ; E = anglais).

4. En août 1999, la Direction Générale de l'Aviation Civile Egyptienne, agissant au nom de la République, a lancé **un appel d'offres** pour la réalisation de l'aéroport à Ras-Sudr, sur la base d'un contrat de concession de type « Build, Operate, Transfer » (ci-après « B.O.T. » ; Pièce R-2, p. 28 ss ; Dem. 23.07.2009, n° III-1.1, p. 6 ; Dem. 23.10.2009, n° III-1.1, p. 8).
  
5. Dans les semaines qui ont suivi, Malicorp allègue avoir pris diverses mesures lui permettant de répondre à cette offre (Dem. 23.07.2009, n° III-1.1, p. 7 ; Dem. 23.10.2009, n° III-1.1, p. 8). Elle aurait notamment établi des contacts avec trois sociétés :
  - a) *Nordic Engineering Resources Group A.S.* (ci-après « NERG »), une société norvégienne, active dans le secteur de l'aviation civile et spécialiste de l'équipement et de la gestion d'aéroports, établie le 25 février 1999 à Oslo. Cette société est une filiale du Groupe Nordic Aviation Resources (ci-après « NAR ») (Pièce C-44 = R-2, p. 49 ss) ;
  - b) *Joannou & Paraskevaid, (Overseas)* (ci-après « J&P »), une société active dans la construction d'aéroports, immatriculée à Guernesey au Royaume-Uni, sous le n° 560 (Pièce C-45 = R-2, p. 52 ss) ; et
  - c) *General Mediterranean Holding* (ci-après « GMH »), société faitière d'un groupe international d'investissement basé au Grand Duché du Luxembourg, immatriculée le 16 janvier 1979 sous le n° B16453 (Dem. 23.07.2009, n° III-1.2, p. 7 ; Dem. 23.10.2009, n° III-1.2, p. 9). Ce groupe comprend cinq divisions principales : banque et finance, immobilier et constructions, hôtels et loisirs, commerce et pharmacie, ainsi que communications, informatique et aviation.
  
6. Le 15 septembre 1999, la Demanderesse a modifié ses « *Memorandum and Articles of Association of Malicorp Limited* », modifications qui ont été enregistrées auprès de la « Companies House » du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord. Selon ce texte, le capital-actions de Malicorp était porté à 100 millions de livres sterling, divisé en 1 million d'actions de 100 livres sterling (Pièce R-1, p. 17 (21)).
  
7. Le 1<sup>er</sup> octobre 1999, Malicorp a soumis **une offre** en réponse à l'appel d'offres de la Direction Générale de l'Aviation Civile Egyptienne (Pièce C-17 = R-2, p. 66 ss ; Dem. 23.07.2009, n° III-1.3, p. 7 ; Dem. 23.10.2009, n° III-1-3, p. 9 ; Déf. 01.07.2009, n° 16 ; Déf. 08.01.2010, n° 73). Cette offre faisait état de l'intention de Malicorp de s'adjoindre les capacités techniques et financières de NERG, de J&P, ainsi que de GMH (Dem. 23.10.2009, n° III-1.2, p. 9 ; Dem. 23.10.2009, n° V-2.1, p. 37).

Les sociétés suivantes ont également été mentionnées dans l'offre : ASMA Company for Trade and General Contracting, d'Egypte, ainsi que Digital Telecom Company for Contracting and Technical and Electronic Establishment, d'Egypte (Déf. 08.01.2010, n° 77).

L'offre soumise par Malicorp était assortie d'une *garantie à première demande* s'élevant à 1 million de livres égyptiennes (soit, au cours 1999/2000 [1 livre égyptienne = 0.2923 dollars américains (ci-après « dollar »)], environ 292.300 dollars)

émise par la Banque Misr du Caire (Pièce R-2, p. 65 ; Dem. 23.07.2009, n° III-1.3, p. 7 ; Dem. 23.10.2009, n° III-1.3, p. 10).

8. Le 3 janvier 2000, des représentants de Malicorp ont été convoqués à une réunion avec des représentants du Gouvernement de la République, afin d'éclaircir certains points de l'offre, notamment la structure et le capital de la société (Pièce R-2, p. 82 ; Déf. 08.01.2010, n° 82).

Les Parties divergent sur les informations de nature financière fournies à cette occasion :

- Selon la Défenderesse, Malicorp se serait présentée comme une société ayant un capital de 100 millions de livres sterling ; elle aurait fourni à cette occasion un certificat mentionnant ce chiffre (Pièce R-1, p. 16/21). La Défenderesse se base sur le procès-verbal de cette réunion (Pièce R-1, p. 47/48), dont il ressort que les représentants de Malicorp auraient parlé de 100 millions de livres sterling, en se référant à un extrait du registre du commerce. Il y a lieu de relever que les pièces produites ont des contenus différents : l'extrait du 6 août 2007 (Pièce C-5) indique un capital de 1.000 livres sterling; le rapport du 24 octobre 2008 (Pièce R-2, p. 641) ne contient aucune indication ; l'extrait relatif aux *Companies Act* apparemment établi le 15 septembre 1999 (Pièce R-2, p. 91/94) indique un capital de 100 millions de livres sterling).
- Selon la Demanderesse, Malicorp n'aurait dû présenter l'extrait du Registre du Commerce qu'une fois. Cela se serait produit auprès de la « *General Authority for Investment* » (ci-après « GAFI »). Elle soutient qu'à cette occasion, l'extrait, légalisé par les autorités britanniques et égyptiennes, aurait fait état d'un capital de 1.000 livres sterling (Dem. 23.07.2009, n° III-2, p. 10).

Concernant le montant du capital de la société, la Demanderesse affirme qu'il existe une différence importante entre le capital *émis*, ou *souscrit*, qui équivaut au capital effectif, et le capital *autorisé*, qui est le montant jusqu'à concurrence duquel le Conseil d'Administration peut augmenter le capital sans avoir à convoquer une assemblée générale extraordinaire (Dem. 23.10.2009, n° II-1, p. 4 ss).

Le Tribunal arbitral discutera plus en détail des faits liés à cette réunion et aux informations communiquées à cette occasion (cf. ci-dessous, n° 134).

9. Le 9 février 2000, la République, représentée par son Ministre des Transports et l'Autorité Egyptienne de l'Aviation Civile (« *Egyptian Civil Aviation Authority* » ; ci-après « l'ECAA »), a informé Malicorp par lettre que *son offre était retenue* comme étant la meilleure (Pièce C-18 = R-2, p. 105 ; Déf. 08.01.2010, n° 94 ; voir aussi lettre de l'ECAA du 2 février 2000 au Ministre, relevant le fait que l'offre de Malicorp était la meilleure, puisque entièrement financée par du capital étranger, Pièce R-2, p. 101 ss). Dans son courrier, l'ECAA demandait à Malicorp de détacher un de ses représentants afin de procéder aux formalités requises pour la conclusion du contrat (Pièce C-18 = R-2, p. 105 ; Dem. 23.07.2009, n° III-1.3, p. 8 ; Dem. 23.10.2009, n° III-1.3, p. 10 ; Déf. 08.01.2010, n° 96).
10. Le 18 février 2000, Malicorp a reçu une lettre de Swiss Re, lui annonçant son intérêt à une collaboration éventuelle entre les deux sociétés en vue du financement de l'aéroport (Pièce R-2, p. 107 ; Déf. 08.01.2010, n° 98).

11. Le 22 mars 2000, le Conseil d'administration de Malicorp a décidé d'annuler la résolution d'augmenter le capital-actions à 100 millions de livres sterling et de le remplacer par la valeur de 1.000 livres sterling (Déf. 08.01.2010 ; Pièce R-2, p. 108 ss).
12. En mai 2000, l'Agence Générale Egyptienne de Sécurité a adressé une lettre à l'Autorité Générale Egyptienne de Sécurité pour l'Aviation Civile pour l'informer qu'elle ne voyait aucune objection à approuver le projet de Malicorp, pour autant que ce que la Défenderesse appelle l' « Autorité » (« *the Authority* ») prenne en charge toutes les mesures de sécurité (Pièce R-2, p. 111 ; Déf. 08.01.2010, n° 101).

Les Parties divergent sur l'interprétation à donner à ces lignes :

- Selon la Demanderesse, cela constituerait une approbation du projet pour toutes les questions sécuritaires (Déf. 08.01.2010, n° 101).
  - Selon la Défenderesse, l'Agence Générale Egyptienne de Sécurité n'aurait en aucun cas donné un quelconque accord par ce message (Déf. 08.01.2010, n° 100).
13. Le 28 mai 2000, l'ECAA et Malicorp ont signé **un contrat préliminaire** de mise en place de la concession pour l'aéroport Ras-Sudr (Pièce C-19 = R-1, p. 49 ss = R-2, p. 113 ss ; Dem. 21.10.2008, n° 3.1.1, p. 6 ; Dem. 23.07.2009, n° III-1.3 p.8 ; Dem. 23.10.2009, n° III-1.3, p. 11 ; Déf. 01.07.2009, n° 17 ; Déf. 08.01.2010, n° 103).
  14. Le 29 octobre 2000, Malicorp a informé son co-contractant (l'ECAA) que le coût du projet s'élèverait à 232 millions de dollars (Déf. 08.01.2010, n° 104).
  15. Le 4 novembre 2000, Malicorp, d'une part, représentée par le Dr Abbe Mercer, et le Gouvernement de la République d'autre part, représentée par le Pilote Abdelfaatah Mohamed Kato, agissant au nom de la République, elle-même représentée par l'ECAA, ont conclu le **Contrat de concession définitif** (ci-après « le Contrat ») selon le système B.O.T., pour la construction, la gestion, l'exploitation et le transfert de l'aéroport international de Ras-Sudr (Dem. 21.10.2008, n° 3.1.1, p. 6 ; Déf. 01.07.2009, n° 18 ; Dem. 23.07.2009, n° III-1.3, p. 8 ; Dem. 23.10.2009, n° III-1.3, p. 11 ; Déf. 08.01.2010, n° 106).

Ce Contrat a été signé dans les bureaux du Ministre des Transports Egyptien, chargé à l'époque de l'aviation civile, en présence de l'Ambassadeur de Grande-Bretagne et de l'Ambassadeur de Norvège en postes au Caire, ces derniers ayant été officiellement conviés par le Ministre égyptien (Pièce C-20 = R-2, p. 122, Pièce C-21 = R-2, p. 120 : invitations. Pièce C-22 = R-2, p. 214 ss : photographies de la cérémonie de signatures) (Dem. 23.07.2009, n° III-1.3, p. 9 ; Dem. 23.10.2009, n° III-1.3, p. 11).

Le Contrat attribuait à Malicorp un site pour la construction et la gestion de l'aéroport de Ras-Sudr, ainsi qu'un « site annexé », consistant en un terrain en pleine propriété, sur lequel Malicorp aurait acquis le droit de développer d'autres projets, sous sa seule direction (Dem. 21.10.2008, n° 3.1.1, p. 6).

Malicorp était obligée par le Contrat à fournir une série de garanties. Au point 23.1.7 du Contrat, il était ainsi prévu que la Demanderesse fournirait une garantie de 2

millions de livres égyptiennes (soit, au cours 1999/2000 [1 livre égyptienne = 0.2923 dollars] environ 584.600 dollars) (Pièce C-4, p. 72 = R-2, p. 194 ; Déf. 01.07.2009, n° 19 ; Déf. 08.01.2010, n° 106 (6)).

Au point 23.1.6 du Contrat, il était prévu que le Concessionnaire constituerait une société par actions de droit égyptien dont l'objet serait la construction, la gestion et l'exploitation de l'aéroport de Ras-Sudr (Pièce C-4, p. 72 = R-2, p. 194 ; Dem. 23.07.2009, n° III-2, p. 9 ; Dem. 23.10.2009, n° III-2, p. 12 ; Déf. 01.07.2009, n° 19). Selon ce même point, les documents d'enregistrement devaient être mis à disposition de la République au plus tard 90 jours après la signature du Contrat (Déf. 08.01.2010, n° 106 (5)).

16. Le Tribunal arbitral décrira et discutera plus loin les clauses du Contrat qui ont une importance pour la solution du litige (cf. ci-dessous n° 93).

## **2.2. De la conclusion du Contrat à son annulation**

17. En vertu du Contrat, Malicorp devait rapidement prendre un certain nombre de mesures, en particulier la constitution d'une société égyptienne. Selon le Contrat, il aurait dû s'agir d'une société anonyme au capital autorisé de 100 millions de livres égyptiennes (soit, au cours 1999/2000 [1 livre égyptienne = 0.2923 dollars], environ 29.230.000 dollars), dont 10 millions de livres égyptiennes devaient être immédiatement souscrits (Dem. 23.07.2009, n° III-2, p. 9 ; Dem. 23.10.2009, n° III-2, p. 12).

A cette fin, mais à une date qui n'a pas été communiquée, Malicorp aurait mandaté le Cabinet Mustapha Shawki, un important cabinet d'experts comptables et de commissaires aux comptes en Egypte (ci-après « le mandataire des fondateurs ») et l'aurait chargé de faire les démarches nécessaires à la constitution de la société (Dem. 23.07.2009, n° III-2, p. 9 ; Dem. 23.10.2009, n° III-2, p. 12). Celui-ci aurait présenté les documents nécessaires, valablement légalisés, ainsi que le projet de statuts, à l'« *Investment Authority* », département compétent pour l'enregistrement des sociétés d'investissements conformément à la loi égyptienne n° 8 de 1997 sur l'encouragement des investissements.

La position de la Demanderesse sur l'obtention par le Cabinet Shawki des approbations nécessaires à la constitution de la société auprès des autorités compétentes centralisées auprès de la GAFI n'est pas claire. Dans son écriture du 23 juillet 2009, elle affirme les avoir obtenues, alors que, dans son écriture du 23 octobre 2009, elle affirme que ces approbations auraient été refusées par lettre du 22 juillet 2001 (Pièce C-52; Dem. 23.07.2009, n° III-2, p. 10 ; Dem. 23.10.2009, n° III-2, p. 12).

18. Le 11 décembre 2000, l'ECAA aurait fait parvenir à Malicorp une première notification concernant la non-exécution du Contrat, en particulier l'obligation de constituer une garantie bancaire (Déf. 08.01.2010, n° 111).
19. Le 4 janvier 2001, M. Shaker, un représentant de Malicorp de nationalité égyptienne, aurait soumis une requête en vue de l'obtention de terrains pour l'établissement d'un centre touristique au nom de « *Malicorp Misr Company for construction of Ras-Sudr International Airport* » (Pièce R-2, p. 223). Les noms mentionnés dans cette demande

ne correspondraient ni à ceux sur le certificat d'établissement du 1<sup>er</sup> octobre 2009 (Pièce R-2, p. 79), ni à ceux de la candidature datée du 12 mars 2001 (Pièce R-2, p. 231, 286, 330 ; Déf. 08.01.2010, n° 110).

20. Le 20 janvier 2001, l'ECAA aurait notifié à Malicorp que celle-ci ne se trouvait pas en conformité avec ses obligations contractuelles, à savoir les sections 23.1.6 concernant la création d'une société égyptienne et 23.1.7 concernant l'augmentation de la garantie bancaire à deux millions de livres égyptiennes (Pièce R-2, p. 225 ; Déf. 08.01.2010, n° 111-112).
21. Le 4 février 2001, le délai de 90 jours à disposition de Malicorp pour créer sa société selon les termes du Contrat (Pièce R-2, p. 194) a expiré sans que la société égyptienne ait été constituée (Déf. 08.01.2010, n° 118).
22. Le 18 février 2001, l'ECAA a envoyé à Malicorp une « troisième et dernière notification », menaçant celle-ci de prendre des mesures destinées à rompre le Contrat à la fin du mois de février 2001 si les obligations contractuelles n'étaient pas respectées (Pièce R-2, p. 227; Déf. 08.01.2010, n° 114).
23. Le 12 mars 2001, le mandataire des fondateurs aurait déposé une demande d'approbation pour la société égyptienne. La demande mentionnait trois noms de fondateurs : Malicorp, Mibo Gawli et Sayed Hanafy Mahmoud (Déf. 08.01.2010, n° 120).
24. Le 12 mai 2001, M. El Ela, l'un des fondateurs de Malicorp, a informé le Gouvernement de la République de certains problèmes touchant la société Malicorp et les informations fournies par celle-ci (Pièce R-1, p. 59-61).

Les Parties divergent quant à sa position par rapport à Malicorp. Selon la Demanderesse, il serait un ancien fondateur (Dem. 05.02.2010, n° I-6, p. 15 avec référence à la Pièce R-2, p. 338) ; selon la Défenderesse, il serait actionnaire et représentant de la société (Déf. 08.01.2010, n° 124).

Il ressort du dossier que M. El Ela a utilisé du papier à entête de Malicorp pour son courrier et il l'a signé en affirmant être un des fondateurs de Malicorp (Pièce R-1, p. 61).

25. Le 30 mai 2001, suite à une lettre du Dr Shawki datée du 27 mai 2001 ainsi qu'à une lettre du Dr Abbe Mercer datée du 28 mai 2001, le Gouvernement de la République, par l'intermédiaire du Pilote Kato, a invité Malicorp à fournir au 30 juin 2001 des copies complètes et correctes de différents documents (Pièce R-1, p. 63 ; Déf. 08.01.2010, n° 126).
26. Le 19 juin 2001, les actionnaires de la société égyptienne en formation auraient déposé à la Banque Misr 10% du capital émis (« *issued capital* »), soit un million de livres égyptiennes (soit, au cours 1999/2000 [1 livre égyptienne = 0.2923 dollars] environ 292.300 dollars), qui devaient rester bloquées jusqu'à l'immatriculation de la société au Registre du Commerce (Pièce C-23 ; Dem. 23.07.2009, n° III-2, p. 10 ; Dem. 23.10.2009, n° III-2, p. 12).

Après le dépôt de cette somme à la Banque Misr, Malicorp aurait attendu plusieurs mois, durant lesquels le mandataire des fondateurs aurait pris contact avec différentes autorités concernées ou leurs supérieurs hiérarchiques afin d'obtenir une réponse claire concernant la constitution et l'immatriculation au Registre du Commerce de la filiale égyptienne de Malicorp (Pièce C-25, Pièce C-26 ; Dem. 23.07.2009, n° III-2, p. 11, Dem. 23.10.2009, n° III-2, p. 13).

27. Le 30 juin 2001 expirait le délai fixé à Malicorp pour fournir les informations requises dans la lettre adressée par la République. Selon la Demanderesse, la Commission les aurait reçues le 25 juin 2001 (Lettre de Malicorp du 13 août 2001 produite par la Défenderesse sous la Pièce R-2, p. 399) ; selon la Défenderesse, elles ne lui seraient jamais parvenues (Déf. 08.01.2010, n° 127 ; Déf. 01.07.2009, n° 23).

28. Le 1<sup>er</sup> juillet 2001, le Ministre des Transports aurait envoyé une lettre à la Commission Générale des Investissements, approuvant la formation de la société égyptienne, après étude des documents reçus et confirmation par l'Ambassade de Norvège, l'Ambassade de Grande-Bretagne ainsi que l'Ambassade égyptienne en Norvège de la capacité de la société à exécuter le projet (Lettre de Malicorp du 13 août 2001 produite par la Défenderesse sous la Pièce R-2, p. 399-400).

Par la suite, Malicorp aurait commencé à recevoir des mises en demeure, au motif qu'elle aurait manqué à son obligation contractuelle de constituer une société de droit égyptien (Dem. 23.07.2009, n° III-2, p. 11 ; Dem. 23.10.2009, n° III-2, p. 13). Malicorp aurait objecté que ce retard aurait été causé par l'abstention des mêmes autorités égyptiennes à transcrire les dernières formalités pour la constitution de la société égyptienne (Dem. 23.07.2009, n° III-2, p. 11 ; Dem. 23.10.2009, n° III-2, p. 13).

29. Le 21 juillet 2001, la Commission Spéciale Egyptienne pour l'aéroport de Ras-Sudr s'est réunie pour discuter des problèmes concernant le Contrat et la création de la société locale (Déf. 08.01.2010, n° 128 ; Déf. 01.07.2009, n° 24). Il ressort du procès-verbal officiel de cette réunion tenue au Cabinet du Ministre des Transports, que la décision de refuser la constitution de la société égyptienne a été prise ce jour-là ; quatorze agences du Gouvernement de la République y participaient (Pièce R-1, p. 64 ss ; Pièce C-6 ; Dem. 23.07.2009, n° III-2 p. 12 ; Dem. 23.10.2009, n° III-2, p. 14).

Le Tribunal arbitral reviendra par la suite sur les conditions dans lesquelles cette décision a été prise et les motifs qui la fondaient (cf. ci-dessous n° 128).

30. Le 22 juillet 2001, une lettre a été adressée au Cabinet Shawki, l'informant que les autorités sécuritaires compétentes en la matière avaient décidé de refuser d'approuver la constitution de la société (Pièce C-27; Dem. 23.07.2009, n° III-2, p. 11 ; Dem. 23.10.2009, n° III-2, p.13-14).

31. Le 23 juillet 2001, Malicorp a écrit au Premier Ministre d'Egypte (Dem. 23.07.2009, n° III-2, p. 12 ; Dem. 23.10.2009, n° III-2, p. 15 ; Déf. 01.07.2009, n° 25). Dans son courrier, elle faisait mention de deux anciens généraux qui auraient été liés à la société et qui auraient fait usage de méthodes illicites pour détourner Malicorp de son but, notamment en utilisant le racket, l'extorsion ou la menace : « *There were among the company personnel two retired generals Adel Darwish and Sayed Aboul Alaa who were layed off for reasons related to their behavior towards the company which was*

*concretized by threats, extortion and racketeer confirming their grip and proving that they were capable of some acts which were thereafter withdrawn or cancelled without anyhow forcing the company to abide by their extortion. [...] The above-mentioned retired generals threatened the company of cancelling the contract and not letting the company continue in Egypt [...]. The Company refused such cheap blackmail [...] » (Pièce C-28; Pièce R-1, p. 69).*

Malicorp sollicitait du Premier Ministre son soutien dans la résolution de cette affaire :  
« *We hope from your Excellency after studying and reviewing this short presentation to take the steps you deem appropriate in support of the investment and development* » (Pièce C-28, Pièce R-1, p. 69).

32. Le 28 juillet 2001, Malicorp a écrit au Président de la République pour lui demander d'intercéder personnellement en sa faveur auprès des personnes qui empêchaient l'exécution du Contrat (Pièce C-26 ; Dem. 23.07.2009, n° III-2, p. 12 ; Dem. 23.10.2009, n° III-2, p. 15). La Demanderesse y décrit une nouvelle fois les pratiques qu'elle reproche aux deux généraux (cf. ci-dessus, n° 31) :

*« The company had sought the assistance of the retired generals Sayed Aboul Alaa and Adel Darwish to help in some matters. The first was put aside from the first day for having fought with persons in charge at the Aviation Authority and the proof of his lack of competence and his failure in carrying out his assignment. The second was also put aside for having adopted the style of arrangement, extortion, racketeering, death threats and thereafter pretending that he was a relative to the Head of the Aviation Authority [...] » (Pièce C-26, n° 3).*

Dans ce courrier, Malicorp se plaint en particulier des méthodes dont aurait fait usage le Général Kato, Président de l'Aviation Civile, lequel aurait adressé à l'Ambassade de Grande-Bretagne une lettre contenant des insultes et des attaques à l'encontre des représentants de Malicorp :

*« General Abdel Fattah Kato sent a letter to the British Embassy to which was attached a document in Arabic containing insults and attacks against the parties [...] » (Pièce C-26, n° 6).*

Il aurait également envoyé une lettre à l'Ambassade de Norvège pour obtenir des informations concernant la Demanderesse, alors que celle-ci est une société anglaise (Pièce C-26, n° 7).

Dans le même courrier au Président, Malicorp mettait en cause le Dr Al Ghamrawy. Celui-ci aurait promis d'apporter son concours à la résolution du problème, ce qu'il n'aurait pas fait et il aurait même promis au Général Adel Darwish, accusé précédemment d'extorsion, de racket et de menaces, qu'il empêcherait la création de la société égyptienne :

*« Also during that conference Claimant's representative met with Doctor Al Ghamrawy who promised to terminate the subject matter of the Company upon his return to Cairo and that he was ready to meet with the representatives of the Company in Cairo to settle the problem » (Pièce C-26, n° 10).*

« *Doctor Al Ghamrawy refused to meet with the representatives of the company or to answer to the numerous letters sent to the Investment Authority [...].*

*General Adel Darwish ascertained that Doctor Al Ghamrawy promised him not to have the company formed* » (Pièce C-26, n° 11 et 12).

33. Le 12 août 2001, la Société Holding d'Aviation Civile du Ministère des Transports Egyptien (« *Ministry of Transportation ; Egyptian Holding Company for Aviation ; A Joint partnership of Business Sector* ») a notifié à Malicorp **la résiliation du Contrat** (Pièce R-1, p. 73 ; Dem. 21.10.2008, n° 3.1.1, p. 7 ; Déf. 08.01.2010, n° 132 ; Déf. 01.07.2009, n° 26).

Les Parties divergent sur les motifs de la résiliation :

- Selon la Demanderesse, le Contrat aurait été résilié pour des motifs liés à la sécurité nationale (Dem. 23.07.2009, n° III-2, p. 12 ; Dem. 23.10.2009, n° III-2, p. 15 ; Déf. 08.01.2010, n° 133). Cela étant, une telle résiliation donnerait droit à réparation du dommage causé par le traitement inéquitable et l'expropriation de son investissement (Déf. 08.01.2010, n° 151 ; Déf. 01.07.2009, n° 27).
- Selon la Défenderesse, le Contrat aurait été résilié sur la base d'un motif contenu dans ce même Contrat. Malicorp aurait produit de faux documents, n'aurait pas rempli son obligation de créer une société égyptienne, n'aurait pas fourni les garanties nécessaires et n'aurait pas correctement exécuté le Contrat de concession (Déf. 08.01.2010, n° 133 ; Déf. 01.07.2009, n° 27).

Le Tribunal arbitral reviendra plus loin sur ces questions (cf. ci-dessous n° 128).

### **2.3. Les événements postérieurs à l'annulation**

34. Le 13 août 2001, en réaction à la résiliation du Contrat, Malicorp a écrit à l'ECAA (Pièce R-2, p. 397 ss, faisant valoir une liste de quatorze arguments pour conclure à la nullité de l'annulation ; Déf. 08.01.2010, n° 134).
35. Le 1<sup>er</sup> septembre 2001, le Ministère Egyptien des Transports a fait savoir à l'Ambassade de Grande-Bretagne que le Contrat avec Malicorp avait été « annulé » (« *the contract was nullified* ») (Pièce R-2, p. 410 ; Déf. 08.01.2010, n° 137).
36. Le 4 septembre 2001, le Ministère Egyptien des Transports a confirmé à Malicorp « l'annulation » du Contrat par la Société Holding d'Aviation Egyptienne (Pièce C-3° = R-2, p. 411 ; Déf. 08.01.2010, n° 138).
37. Le 12 décembre 2001, le Premier Sous-secrétaire du Ministre des Transports a écrit à Mme Jacqui Mullen, Responsable du secteur commercial de l'Ambassade de la Grande-Bretagne au Caire, afin de l'informer que Malicorp pourrait contacter l'Autorité d'investissement (« *the Investment Authority* ») et suivre la procédure formelle afin de créer la société égyptienne (Pièce C-30 = R-2, p. 415).
38. Le 3 janvier 2002, Malicorp a écrit au Ministre des Transports (Pièce C-29 = R-2, p. 416 ; Dem. 23.07.2009, n° III-2, p. 12 ; Dem. 23.10.2009, n° III-2, p. 15). Dans ce courrier, elle priait le Ministre d'écrire à la Commission Générale pour

l'Investissement pour l'informer de la continuation du Contrat et la prier de bien vouloir autoriser la création de la société égyptienne prévue contractuellement.

39. Le 23 janvier 2002, par une lettre adressée au Ministre des Transports, Malicorp aurait demandé à l'Autorité d'investissement l'autorisation de créer la société égyptienne. Cette tentative devait pourtant échouer, le Président de la Société Holding d'Aviation Civile du Ministère des Transports ayant répondu le 27 février 2002, pour confirmer le refus renouvelé de la Sécurité Nationale (Pièce C-10 = R-2, p. 420; Dem. 23.07.2009, n° III-2, p. 13 ; Dem. 23.10.2009, n° III-2, p.15).
40. Par la suite, l'affaire aurait également été traitée par voie diplomatique : les Ambassades de Grande-Bretagne et de Norvège auraient fait part de leur étonnement et M. Jack Straw, alors Ministre britannique des Affaires Etrangères, se serait entretenu à ce sujet avec le Président de la République, M. Moubarak lors d'une visite officielle en Egypte (Dem. 23.07.2009, n° III-2, p. 12 ; Dem. 23.10.2009, n° III-2, p. 15).
41. Le 7 octobre 2002, le Ministre de l'Aviation Civile a confirmé à l'Ambassadeur de Grande-Bretagne au Caire que le projet avait été annulé (Pièce C-8 = R-2, p. 422). A ce moment l'ECAA aurait déjà liquidé et encaissé la caution bancaire déposée par Malicorp à la Banque Misr (Dem. 23.10.2009, n° III-2, p. 15).
42. Le 15 janvier 2003, Baroness Symons, Ministre d'Etat britannique pour le Commerce International et l'Investissement, a écrit à M. Paul Towey, représentant de Malicorp, pour confirmer la poursuite des pressions effectuées par l'Ambassade au Caire en faveur de Malicorp et les efforts de l'Ambassadeur pour obtenir un entretien avec le Ministre de l'Aviation Civile, le Maréchal de l'Air Shafik (Pièce C-31 = R-2, p. 424). Dans son courrier, Baroness Symons a également fait part de son intention d'obtenir une entrevue avec le Ministre de l'Aviation Civile lors de son prochain voyage en Egypte (Dem. 23.07.2009, n° III-2, p. 13 ; Dem. 23.10.2009, n° III-2, p. 16).
43. Jusqu'au début de la procédure arbitrale devant le Centre du Caire (cf. ci-dessous n° 44), l'ECAA aurait été remplacée par plusieurs « holdings », chacune gérant une partie du service de l'aviation civile égyptienne (Dem. 23.07.2009, n° III-4.1.2, p. 17 ; Dem. 23.10.2009, n° III-4.1.2, p. 20).

### **3. Les autres procédures intentées par les Parties**

#### **3.1. La Procédure arbitrale devant le CRCICA**

##### **3.1.1. La procédure arbitrale**

44. Le 20 avril 2004, Malicorp a déposé une requête d'arbitrage auprès du « Centre régional pour l'arbitrage commercial international du Caire » (« *Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration* », ci-après « CRCICA ») (référence dans Pièce C-37, p. 24 ; Dem. 23.07.2009, n° III-2, p. 13 ; Dem. 23.10.2009, n° III-2, p. 16). Cette requête a été enregistrée le 28 avril 2004 sous le numéro n° 382/2004 sur le fondement de la clause arbitrale contenue dans le Contrat (Dem. 23.07.2009, n° III-4.1, p. 16 ; Dem. 23.10.2009, n° III-4.1, p. 19 ; Déf. 08.01.2010, n° 140, 148).

La procédure CRCICA opposait Malicorp en tant que partie demanderesse à trois défenderesses, à savoir la République Arabe d'Egypte, la Compagnie Egyptienne d'Aviation (« *The Egyptian Holding Company for Aviation* ») et la Compagnie Egyptienne Aéroportuaire (« *The Egyptian Airport Company* ») (Dem. 23.07.2009, n° III-4.1, p. 17 ; Dem 23.10.2009, n° III-4.1, p. 19 ; Déf. 08.01.2010, n° 148) ; par souci de simplification, le Tribunal arbitral ne visera par la suite que la République.

Le présent Tribunal arbitral n'a reçu à ce sujet que des informations partielles, qui sont ici résumées.

45. Le 31 mai 2004, le tribunal arbitral institué sous l'égide du CRCICA (ci-après « le Tribunal arbitral CRCICA ») était constitué. Il était formé du Dr El Ahdab co-arbitre nommé par la Demanderesse, de M. Gabr, co-arbitre conjointement nommé par les défenderesses, et de Me Bernardo Cremades, en qualité de président du Tribunal arbitral nommé par les deux co-arbitres (Déf. 08.01.2010, n° 149 ; Dem. 23.07.2009, n° III-4.1, p. 17 ; Dem. 23.10.2009, n° III-4.1, p. 19).
46. Le 15 juillet 2004, le Ministre de l'Aviation Civile a demandé une suspension de la procédure arbitrale en raison d'une plainte pénale déposée devant les juridictions égyptiennes. Le Ministre se plaignait de pratiques frauduleuses de la partie demanderesse, ainsi que de fonctionnaires de la Direction Générale de l'Aviation Civile Egyptienne (Pièce C-37, p. 9). Le 19 septembre 2004, le Tribunal arbitral CRCICA a refusé de suspendre la procédure et a décidé de poursuivre l'examen de l'affaire (référence dans Pièce C-37, p. 9 ; Dem 23.07.2009, n° III-4.1.4, p. 19 ; Dem, 23.10.2009, n° III-4.1.4, p. 22).
47. Le 19 décembre 2004 a eu lieu la première audience dans la procédure arbitrale CRCICA (Déf. 08.01.2010, n° 150). Le Tribunal arbitral CRCICA a fixé le programme de la procédure par une ordonnance, qu'il a modifiée le 3 février 2005.
48. Le 19 février 2005, Malicorp a déposé sa Demande (« Mémoire de Réclamation » ; référence dans Pièce C-37, p. 24). Elle y prétendait que les parties défenderesses auraient rompu le Contrat de manière abusive, donnant ainsi à Malicorp le droit à la réparation du dommage subi (Déf. 08.01.2010, n° 152).
49. Le 21 mai 2005, les parties défenderesses ont déposé leur Réponse (« Défense contre la Réclamation »). Elles y affirmaient que Malicorp aurait violé ses obligations contractuelles, qu'elle aurait été de mauvaise foi et que le Contrat aurait été nul en raison de la production d'un extrait du Registre du Commerce falsifié (Déf. 08.01.2010, n° 153).
50. Le 26 juillet 2005, Malicorp a déposé sa Réplique (« Réplique du Demandeur concernant la Réclamation » ; référence dans Pièce C-37, p. 24), réitérant ses conclusions et arguments quant à la responsabilité des parties défenderesses pour le dommage subi (Déf. 08.01.2010, n° 154).
51. Le 21 septembre 2005, les parties défenderesses ont déposé leur Duplique (« la Réplique en Contre-Preuve de la République du Demandeur concernant la Réclamation » ; référence dans Pièce C-37, p. 10).

52. Les 11 et 12 février 2006, les parties ont soumis leurs notes en délibéré (référence dans Pièce C-37, p. 10).
53. Le 19 février 2006, le Conseil du Tribunal administratif d'Etat du Caire a jugé que la clause d'arbitrage contenue dans le Contrat était nulle et il a enjoint le Tribunal arbitral CRCICA à suspendre la procédure d'arbitrage (référence dans Pièce C-37, p. 12 ; Déf. 08.01.2010, n° 156). Cette décision faisait suite à la demande en annulation de la clause d'arbitrage déposée par la République Arabe d'Egypte (Dem. 23.07.2009, n° III-4.1.1, p. 18 ; Dem. 23.10.2009, n° III-4.1.3, p. 21).
54. Les 15, 16 et 17 novembre 2005, le Tribunal arbitral CRCICA a tenu une audience avec les parties (référence dans Pièce C-37, p. 11).
55. Le 25 février 2006, Malicorp a déposé ses notes en réponse postérieures à l'audience (Déf. 08.01.2010, n° 157) ; les défenderesses en ont fait de même en dates des 25 et 27 février 2006 (Déf. 08.01.2010, n° 157).
56. Le 27 février 2006, l'un des co-arbitres, M. Gabr, a communiqué par une lettre adressée à M. Mohamed Aboul Einein, Directeur du CRCICA qu'il avait décidé de suspendre sa participation à la procédure CRCICA, en raison de la décision du Conseil du Tribunal administratif d'Etat du Caire constatant la nullité de la clause arbitrale (cf. ci-dessus, n° 53; Déf. 08.01.2010, n° 158).
57. Nonobstant cette démission, le Tribunal arbitral CRCICA a poursuivi la procédure ; il a déclaré se fonder pour cela sur la Loi (égyptienne) sur l'arbitrage n° 27/1994 (Dem. 23.07.2009, n° III-4.1.3, p. 19 ; Dem. 23.10.2009, n° III-4.1.3, p. 21).
58. Le 7 mars 2006, le Tribunal arbitral CRCICA a rendu une sentence arbitrale (Déf. 08.01.2010, n° 163 ; R-2, p. 474). Il a d'abord considéré que la convention d'arbitrage du Contrat liait la République (Pièce C-37, §59). Ensuite, il a considéré que celle-ci avait été victime d'une erreur essentielle en signant le Contrat dans la mesure où elle a cru à tort que le capital enregistré et versé par Malicorp était de 100 millions de livres sterling, raison pour laquelle le Contrat était nul. Il a dès lors rejeté les conclusions de la Demanderesse tendant à la réparation du dommage causé par la résiliation du Contrat.
- Il a toutefois décidé de condamner les parties défenderesses au remboursement à Malicorp des frais, des factures et des salaires de ses employés. A ce titre, il a condamné les parties défenderesses à payer à Malicorp la somme de 14.773.497 dollars, avec intérêts (Déf. 08.01.2010, n° 164 ; Pièce C-37, §84 ss ; Dem. 23.07.2009, n° III-4.1, p. 17 ; Dem. 23.10.2009, n° III-4.1, p. 20). Pour cela, il se serait basé, selon la Défenderesse, sur une disposition du Code civil égyptien qui n'aurait jamais été mentionnée par les parties dans la procédure (Déf. 08.01.2010, n° 164).
59. Les parties défenderesses ont demandé l'annulation de la sentence arbitrale CRCICA (Déf. 08.01.2010, n° 166). De son côté, la Demanderesse n'a pas déposé de recours ni ne s'est jointe au recours déposé par les parties défenderesses. Le présent Tribunal arbitral n'a pas été informé de la suite donnée à ce recours, qui semble toujours pendant.

### 3.1.2. *Les procédures de saisies et d'exécution*

60. Le 9 août 2006, l'un des Vice-Présidents près le Tribunal de Grande Instance de Paris a rendu une ordonnance *ex parte* acceptant l'exequatur de la sentence arbitrale CRCICA, à la demande de Malicorp (Dem. 23.07.2009, n° III-4.2.1, p. 21 ; Dem. 23.10.2009, n° III-4.2.1, p. 23 ; Déf. 08.01.2010, n° 167). Le 9 octobre 2006, l'ordonnance d'exécution française a été notifiée à l'Ambassade de la partie Défenderesse à Paris (Dem. 23.07.2009, n° III-4.2.1, p. 21 ; Dem. 23.10.2009, n° III-4.2.1, p. 23 ; Déf. 08.01.2010, n° 169).
61. Les 10, 12 et 13 octobre 2006, des saisies conservatoires ont été pratiquées sur des avoirs de la République entre les mains de la Banque Misr, de l'UBAF et du LCL, à la demande de Malicorp (Dem. 23.07.2009, n° III-4.2.2, p. 21 ; Dem. 23.10.2009, n° III-4.2.2, p. 23 ; Déf. 08.01.2010, n° 168).
62. Le 16 octobre 2006, la République a fait appel de l'ordonnance d'exécution rendue le 9 août 2006 (Dem. 23.07.2009, n° III-4.2.1, p. 21 ; Dem. 23.10.2009, n° III-4.2.1, p. 23 ; Déf. 08.01.2010, n° 170).
63. Le 20 octobre 2006, la République a requis du Juge de l'Exécution près le Tribunal de Grande Instance de Paris le prononcé de la mainlevée des saisies ; elle faisait valoir principalement le privilège d'exécution des Etats et l'absence de risque quant à sa solvabilité (Dem. 23.07.2009, n° III-4.2.2, p. 21 ; Dem. 23.10.2009, n° III-4.2.2, p. 23-24).
64. Le 31 octobre 2007 a eu lieu l'audience du Juge de l'Exécution près le Tribunal de Grande Instance de Paris. La République en ses différents démembrements ou organes a proposé à Malicorp un arrangement : la remise d'un acte de cautionnement émis par la Banque Misr contre l'acceptation par Malicorp de la mainlevée des saisies et l'engagement de la partie Demanderesse à ne procéder à aucune mesure d'exécution fondée sur la sentence arbitrale CRCICA (tant en France qu'à l'étranger) (Dem. 23.07.2009, n° III-4.2.2, p. 21 ; Dem. 23.10.2009, n° III-4.2.2, p. 24).
65. L'accord initié lors de l'audience du 31 octobre 2007 a été finalisé le 16 novembre 2007 après que la Banque Misr eut offert et remis l'acte original de cautionnement pour le compte de la République au profit de Malicorp. Par la suite, Malicorp a fait procéder aux mainlevées des saisies contestées devant le Juge de l'Exécution (Dem. 23.07.2009, n° III-4.2.2, p. 21 ; Dem. 23.10.2009, n° III-4.2.2, p. 24).
66. Le 19 juin 2008, la Cour d'Appel de Paris a admis le recours déposé par la République contre la décision du Juge de l'exécution et rejeté la demande d'exequatur (Dem. 23.07.2009, n° III-4.4, p. 24 ; Dem. 23.10.2009, n° III-4.4, p. 27). Elle s'est fondée sur l'un des quatre arguments de la Défenderesse : elle a en effet jugé que le fait, pour un tribunal arbitral, de rendre une sentence arbitrale basée sur une disposition qui n'avait pas été préalablement soumise aux parties constitue un déni de justice. Elle a de ce fait jugé superflu d'examiner les autres motifs (Déf. 08.01.2010, n° 171).
67. Le 22 août 2008, Malicorp a interjeté un premier pourvoi en cassation contre la décision de la Cour d'Appel de Paris, mettant en cause le manque de raisons adéquates de la décision du 19 juin 2008 (Déf. 08.01.2010, n° 172).

68. Le 16 septembre 2008, la Défenderesse a tenté de faire notifier l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris à l'adresse que Malicorp utilise et a utilisé en Angleterre, mais les autorités anglaises auraient indiqué qu'il n'était pas possible de le faire à cette adresse (Déf. 08.01.2010, n° 173). Selon la Défenderesse, cette tentative de notification correspondrait à une notification valable. La Demanderesse le conteste (*ibidem*).
69. Le 11 mars 2009, les deux Parties ont été informées que le premier pourvoi de Malicorp avait été déclaré irrecevable, car entaché d'un vice de procédure (Déf. 08.01.2010, n° 174) ; Malicorp avait en effet omis de produire en annexe à son pourvoi une copie de l'arrêt attaqué (Déf. 08.01.2010, n° 172).
70. Le 13 mars 2009, Malicorp a interjeté un second pourvoi en cassation (Déf. 08.01.2010, n° 174). Après l'audience principale tenue par le présent Tribunal arbitral, celui-ci a été informé par les Parties (cf. lettres de Me Yassin du 3 juillet 2010 et de Me Webster du 12 juillet 2010) que la Cour de cassation avait rejeté les pourvois par décision du 23 juin 2010 ; elle a considéré que le Tribunal arbitral CRCICA avait violé le principe du contradictoire en fondant sa décision sur des dispositions du Code civil égyptien qui n'avaient pas été invoquées par les parties. Il était constaté en conséquence « *que la sentence ne pouvait être reconnue ni exécutée en France* ».

### **3.2. La procédure pénale devant la Cour d'Assises du Caire<sup>2</sup>**

71. Parallèlement à la procédure arbitrale CRCICA, une procédure pénale était ouverte contre des personnes directement ou indirectement liées à la société Malicorp. Les informations dont dispose le présent Tribunal arbitral reposent pour l'essentiel sur les affirmations faites dans les mémoires et les plaidoiries. En ce domaine également, ces informations n'ont qu'un lien indirect avec la présente procédure arbitrale.
72. Le 17 août 2005, le Cabinet du Procureur Général a rendu une Ordonnance de renvoi devant la Cour d'Assises du Caire (référence à la Pièce C-37, p. 25). L'Ordonnance retenait divers actes illégaux et frauduleux commis par des personnes liées à la Demanderesse, ainsi que de certains fonctionnaires égyptiens impliqués dans l'examen de l'offre que celle-ci avait présentée (référence dans Pièce C-37, p. 25).

Dix personnes étaient au total renvoyées (Déf. 08.01.2010, n° 141) : Cinq fonctionnaires égyptiens étaient notamment accusés de prise illégale d'intérêts et de divers actes illégaux en rapport avec la conclusion du Contrat. Cinq associés ou prétendus associés de Malicorp étaient notamment accusés d'avoir falsifié le Registre du Commerce concernant la société Malicorp ; il s'agissait de MM. Mahmoud Chaker Ibrahim, Azmi Mahmoud Al-Taraï, Assaed Mohamad Aboul Ela, Adel Hamid Adel Malek et Abdel Khaqled Mersal.

La Cour d'Assises du Caire a également jugé les cinq personnes accusées d'un délit de faux en écriture privée (article 215 Code pénal égyptien) puisque celui-ci était lié aux crimes qui lui étaient soumis dans l'affaire au principal, bien que la procédure normale eût voulu que l'affaire fût renvoyée au Tribunal Correctionnel (Dem. 23.07.2009, n° III-4.1.4, p. 19 ; Dem. 23.10.2009, n° III-4.1.4, p. 22).

---

<sup>2</sup> Le Tribunal arbitral se référera dans le présent document au terme « la Cour d'Assises du Caire », également utilisé par les Parties, malgré l'utilisation du terme « le Tribunal des Crimes de Haute Trahison » par le Tribunal arbitral du CRCICA (Pièce C-37).

73. Le 2 septembre 2006, la Cour d'Assises du Caire a rendu son verdict : M. Chabli et M. Mercer ont été déclarés coupables de faux et de fraude et condamnés principalement à une peine de trois ans d'emprisonnement (Pièce R-1, p. 85-88 ; Pièce C-40 ; Déf. 01.07.2009, n° 30 ; Déf. 08.01.2010, n° 144). Ils auraient fait appel sans succès (Déf. 01.07.2009, n° 32).

#### 4. La procédure arbitrale

74. Le 21 octobre 2008, la Demanderesse, Malicorp, représentée alors par Me Jean-Pierre Coutard, a déposé une Requête d'arbitrage en français (« **Requête d'arbitrage** ») contre le Gouvernement de la République Arabe d'Egypte, auprès du Secrétariat du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après le « CIRDI »).

Elle y allègue essentiellement que la République aurait violé ses obligations découlant de l'Accord bilatéral d'investissement conclu le 11 juin 1975 entre le Royaume-Uni et l'Egypte tendant à encourager et protéger les investissements (ci-après « l'Accord » ; cf. ci-dessous n° 91); elle invoque en particulier l'article 5, et demande en conséquence que la Défenderesse soit condamnée à payer une indemnité couvrant avant tout les pertes et le manque à gagner générés par la résiliation du Contrat.

La Demanderesse a complété sa Requête par trois lettres des 12, 19 et 25 novembre 2008.

Cette Requête a été reçue par le Secrétariat du CIRDI le 27 octobre 2008 et enregistrée le 16 décembre 2008 sous l'affaire CIRDI No. ARB/08/18.

75. La procédure a été conduite conformément aux règles de la « Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats » (ci-après « la Convention CIRDI ») ainsi qu'à celles du « Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage (Règlement d'arbitrage) » (ci-après « le Règlement CIRDI »), en vigueur depuis 2006.

76. Les Parties ont convenu d'appliquer l'article 37(2)(b) de la Convention CIRDI pour la constitution du Tribunal arbitral en vertu duquel chaque partie nomme un arbitre et le troisième, le Président du Tribunal, est nommé par accord des Parties. Par lettre du 13 mars 2009, la Demanderesse a nommé le Prof. Luiz Olavo Baptista, de nationalité brésilienne, comme co-arbitre, lequel a accepté sa nomination. Par lettre du 24 mars 2009 adressée au Secrétariat du CIRDI, la Défenderesse a nommé Me Pierre-Yves Tschanz, de nationalité suisse, comme co-arbitre, lequel a accepté sa nomination.

Les Parties ont donné aux co-arbitres le pouvoir de désigner le Président du Tribunal. Par lettre adressée au Secrétariat du CIRDI le 25 mai 2009, les arbitres ont proposé le Prof. Pierre Tercier, de nationalité suisse, lequel a accepté sa nomination.

77. Le 2 juin 2009, les Parties ont été informées que le Tribunal arbitral avait été constitué et que l'instance était réputée commencer à cette date.

78. Le 1<sup>er</sup> juillet 2009, sans y avoir été invitée, la Défenderesse a soumis une écriture en anglais en réaction à la Requête (« **Submission of the Government of the Arab Republic of Egypt on preliminary jurisdictional objections** »). Elle allègue

essentiellement que le Contrat aurait été conclu à la suite d'une fraude et elle en conclut que le Tribunal arbitral n'aurait pas compétence pour se prononcer car le consentement donné par l'Egypte à la protection qu'offre l'Accord ne s'étendrait pas aux fraudes.

79. Le 23 juillet 2009, la Demanderesse, désormais représentée par Me Christian Brémond et Me Sylvie Morel, a soumis en français son « **Mémoire en réponse à la soumission du Gouvernement de la République Arabe d'Egypte sur les objections préliminaires juridictionnelles** ». Répondant aux objections faites, elle invite le Tribunal arbitral à admettre que l'action est recevable et l'autoriser à préparer un mémoire au fond.

80. Le 31 juillet 2009, le Tribunal arbitral a tenu sa première session à Paris avec les représentants des Parties. Un procès-verbal a été établi à l'issue de l'audience (cf. Procès-verbal de la première session du Tribunal arbitral). En plus des points procéduraux habituels qui n'ont pas donné lieu à discussions, deux questions ont été spécialement discutées et tranchées à cette occasion, après que la possibilité a été donnée aux Parties de s'exprimer à leur sujet :

a) En ce qui concerne la langue de l'arbitrage (cf. PV du 31.07.2009, n° 7) :

*« Il est convenu entre les parties et le Tribunal que :*

- *Chaque partie pourra rédiger ses écritures et plaider en langue française ou anglaise sans qu'il soit besoin de procéder à une traduction.*
- *Tout document soumis en français ou en anglais ne sera pas assorti d'une traduction. Les documents originellement rédigés en une autre langue que le français ou l'anglais devront être traduits en français ou anglais.*
- *Les témoins et/ou experts pourront s'exprimer en français ou en anglais lors de leurs auditions.*
- *Les transcriptions verbatim des audiences seront faites en français et en anglais.*
- *Les ordonnances de procédure et la décision et/ou sentence seront rendues en français et en anglais. Les parties ont laissé le soin au Tribunal de décider quelle langue fera foi. Après délibération, le Tribunal indique que la langue qui fera foi sera la langue française. Il est précisé que le Tribunal pourra dans sa décision et/ou sentence se référer à la position des parties exposée en français ou en anglais et aux textes juridiques en anglais sans qu'une traduction dans l'autre langue soit nécessaire.*
- *Les correspondances du Centre seront rédigées en français sans traduction.*
- *Les parties acceptent que le procès-verbal de la session soit rendu en français uniquement ».*

b) En ce qui concerne la suite de la procédure, suite aux objections de déclinatoire soulevées par la Défenderesse (PV du 31.07.2009, n° 14, alinéa 4) :

*« Après avoir entendu les parties et après en avoir délibéré, le Tribunal décide de traiter les questions de la compétence et de la responsabilité ensemble dans*

*la mesure où il apparaît que les éléments factuels sont similaires et que cela ne rallongerait pas considérablement le calendrier procédural. Par contre, le Tribunal souhaite exclure à ce stade la question du quantum, qui sera traitée dans un deuxième temps si nécessaire selon un calendrier qui sera convenu avec les parties ».*

En conséquence, le Tribunal arbitral a fixé un calendrier procédural.

81. Le 23 octobre 2009, la Demanderesse a soumis son « **Mémoire sur le Fond et son Contre-Mémoire en réponse à la soumission du Gouvernement de la République Arabe d’Egypte sur les objections préliminaires juridictionnelles** ». Elle y reprend ses conclusions sur la recevabilité de la Requête, et demande au Tribunal arbitral de constater que la Défenderesse a violé l’article 5 de l’Accord et qu’elle doit être en conséquence condamnée à verser une compensation qui « *sera fixée à la valeur de marché de l’investissement exproprié correspondant à la valeur des droits concédés à la société Malicorp Limited par le contrat annulé du 4 novembre 2000* ; elle demande en outre à être autorisée dans la phase ultérieure « *à justifier du montant de cette compensation conformément au programme fixé lors de la séance du Tribunal Arbitral du 31 juillet 2009* ».
82. Le 8 janvier 2010, la Défenderesse a soumis son « **Reply Submission of the Government of the Arab republic of Egypt and initial submission on the merits** ». Elle y prend la conclusion suivante (Déf. 08.01.2010, n°468) : « *Malicorp’s case should be dismissed with costs* ». Un rapport d’expertise du Professeur Dr Ahmed El-Kosheri y était joint.
83. Le 5 février 2010, la Demanderesse a soumis son « **Mémoire en réponse sur le fond et Mémoire en Réplique sur la compétence** ». Elle reprend ses chefs de conclusion antérieurs, en les complétant sur un point par l’évocation d’une violation de l’article 2(2) de l’Accord.
84. Le 5 mars 2010, la Défenderesse a soumis son « **Reply Submission on the Merits** ». Elle y prend le chef de conclusion suivant (Déf. 05.03.2010, n° 155) : « *The Respondent respectfully submits that Malicorp’s claim should be rejected, promptly as an improper attempt to use BIT rights to profit from its own fraud and negligence and its own failure to perform the Concession Contract* ».
85. Les 19 et 20 avril 2010, le Tribunal arbitral a tenu une **audience** à Paris.
  - a) Après avoir entendu chaque Partie dans sa présentation initiale (« *les opening statements* »), il a procédé à l’audition de M. El Torei, que la Défenderesse avait demandé à pouvoir « contre-examiner ».
  - b) Les Conseils ont eu ensuite l’occasion de plaider.
  - c) Les Conseils de la Défenderesse avaient préparé à cette fin un diaporama. Considérant que son contenu dépassait le cadre de la plaidoirie orale, le Tribunal arbitral a invité les Conseils de la Défenderesse à en préparer une version adaptée au contenu de la plaidoirie orale (Lettre aux Parties du 22 avril 2010 par l’intermédiaire du CIRDI) et à en soumettre le texte pour contrôle au Président, avant qu’il ne soit transmis aux co-arbitres. Le document, transmis

après corrections par Me Webster, a été jugé admissible par le Président et transmis aux co-arbitres. Par lettre du 18 mai 2010, cette décision a été confirmée par la suite, après que Me Brémont en eut demandé la reconsidération.

- d) Un procès-verbal *verbatim* a été établi à l'occasion de cette audience, en français et en anglais selon la langue des interventions. Le 25 mai 2010, Me Yassin, Conseil de la Demanderesse, a soumis des commentaires en ce qui concerne le droit égyptien tel que rapporté dans le procès-verbal *verbatim*. Le Conseil de la Défenderesse a, par lettre du 1<sup>er</sup> juin 2010, demandé au Tribunal arbitral d'écarter la lettre de Me Yassin. Par décision du 17 juin 2010, le Tribunal arbitral a accepté la soumission de Me Yassin, mais a donné l'occasion au Conseil de la Défenderesse d'y répondre, ce qu'il a fait le 28 juin 2010.
86. Durant cette procédure, les Parties ont eu amplement l'occasion d'exposer leurs moyens par écrit et oralement. A l'issue de l'audience des 19 et 20 avril 2010, elles ont confirmé qu'elles n'avaient aucune objection à formuler à l'encontre de la procédure qui avait été suivie (cf. Transcript F 19/20.04.2010, p. 82 l. 6 ss et 29 ss).
87. Le 13 juillet 2010, M. Chabli, agissant pour le compte de Malicorp a adressé une lettre au Président du Tribunal arbitral, lettre dans laquelle il demande en particulier que lui soient fournies des informations sur les contacts qu'un membre du Tribunal arbitral aurait eus avec l'un des conseils de la Défenderesse. Il a été répondu aux Parties le 29 juillet 2010 que les informations auxquelles il faisait allusion étaient erronées et qu'il n'y avait pas eu de tels contacts. Aucune demande n'a été ensuite présentée à ce sujet.
88. Le 24 septembre 2010, chacune des Parties a communiqué au Tribunal arbitral le détail des honoraires et frais engagés pour la défense de leurs intérêts respectifs (« *Submission on costs* »), en réponse à la demande que leur avait adressée le Tribunal arbitral le 20 août 2010.
89. Par la présente sentence, l'instance est déclarée close.

## II. EN DROIT

### A. EN GENERAL

#### 1. Les fondements de l'arbitrage

90. La Demanderesse fonde ses conclusions sur l'Accord conclu entre le Royaume-Uni et l'Egypte et sur l'article 25 de la Convention CIRDI ; elle prétend (1) que la Défenderesse a mis fin sans droit au Contrat, (2) que, ce faisant, celle-ci a violé les obligations que lui impose l'Accord, et que (3), partant, elle est en droit d'obtenir la condamnation de la Défenderesse à la réparation du dommage subi, par un Tribunal arbitral agissant sous l'égide du CIRDI.

Il est utile de rapidement présenter les trois textes sur lesquels se fonde la Demanderesse :

91. a) L'Accord bilatéral d'investissement. Le 11 juin 1975, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et l'Irlande du Nord d'une part, et l'Egypte d'autre part, ont signé un Traité bilatéral d'investissement. La version authentique est la version anglaise, intitulée « *Agreement for the promotion and protection of investments* » (Pièce C-2 = Pièce R-2, p. 3), mais il en existe une traduction française intitulée « Accord tendant à encourager et protéger les investissements » (Pièce C-2 = Pièce R-2, p. 11). Le Tribunal arbitral se fondera dans la présente sentence sur la version (officielle) anglaise de l'Accord. Ce texte est entré en vigueur pour les deux Etats le 24 février 1976 (Déf. 01.07.2009, n° 10).

Cet Accord, conçu sur le modèle classique des traités de cette génération, commence par affirmer les objectifs poursuivis par les Etats contractants (Préambule) et donner une définition des principaux termes utilisés (article 1) ; on y reviendra au besoin dans la suite de cette sentence. Il énumère ensuite les principales obligations auxquelles chaque Etat accepte de se soumettre : promotion et protection des investissements (article 2), clause de la nation la plus favorisée (article 3), indemnisation des dommages (article 4), expropriation (article 5), rapatriement des investissements (article 6), mention de certaines exceptions (article 7). Il se poursuit par deux règles traitant de la résolution des différends, l'une par un renvoi au CIRDI (article 8) dont il sera question plus loin (cf. ci-dessous n° 100), l'autre par une clause spéciale de résolution des différends entre Etats contractants (article 9). L'Accord se termine par quelques règles spéciales concernant le champ d'application quant aux personnes (subrogation : article 10), dans l'espace (article 11) et dans le temps (articles 12 et 13).

92. b) La Convention CIRDI. L'article 8 de l'Accord se réfère expressément à la Convention CIRDI. Les deux Etats ont en effet ratifié cette Convention, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord le 19 décembre 1966, l'Egypte le 3 mars 1972. Ce texte est suffisamment connu pour qu'il soit superflu de le présenter ici. Le Tribunal arbitral reviendra plus loin sur les questions que soulève la présente instance en relation avec l'interprétation de l'article 25 (cf. ci-dessous n° 101).

93. c) Le Contrat. Le différend entre les Parties est lié au Contrat relatif au projet de l'aéroport de Ras Sudr (ci-dessus n° 15 ; pièce C-4 = Pièce R-2, p. 123 ss). Ce texte

est rédigé en langue anglaise uniquement. On décrit en bref ici quelques-unes des clauses qui pourraient avoir une importance pour la suite du raisonnement :

- *Les Parties.* Le Contrat a été conclu entre d'une part « [t]he Government of the Arab Republic of Egypt » et d'autre part « *Malicorp Ltd., a British registered Company (hereinafter called « the Concessionaire »), Address – 6 Alders Lotge St.-London, SW6 – 6 NP, represented by Dr Abbe Mercer, Company Director* ». La page de garde décrit le Concessionnaire d'une manière plus complète puisque qu'il y est question de « *Malicorp Ltd (and to be formed hereafter) Ras Sudr International Airport Ltd* » (souligné par le Tribunal arbitral).
- *Le préambule et les généralités.* Ces deux passages décrivent les objectifs poursuivis, avant tout la construction d'un aéroport, dans le cadre de la politique générale de développement et d'extension des aéroports, aéroport destiné à développer la région touristique avoisinante. Le Concessionnaire est appelé à y contribuer et recevra un terrain additionnel pour contribuer à l'attractivité de la région et donc de l'aéroport.
- *Le type du Contrat.* Le Contrat est construit sur le modèle d'un B.O.T., ce qui signifie concrètement que le Concessionnaire s'engage « *to construct and operate the airport for a specific contract term, after which the airport is to be transferred to the State [free of charge]* ».
- *Le contenu de la concession.* Les droits et obligations découlant de la concession sont décrits à l'article 2, qui reconnaît au Concessionnaire le droit exclusif d'exploiter la Concession (article 2.1), lui impose l'obligation de réaliser le projet à ses coûts et ses risques (article 2.2 : « *at its own cost and risk* »), fixe en principe la durée à quarante et un ans à partir de la signature du Contrat, sous réserve d'une résiliation anticipée ou d'une prolongation (article 2.3), et précise les paiements à effectuer par le Concessionnaire (article 2.6). Les engagements du Concessionnaire (article 3 : « *Concessionaire Conventions* ») comprennent avant tout l'obligation de maintenir un bureau avec un représentant en Egypte durant toute la période du Contrat (article 3.1), de constituer une société dont le seul objet est l'exécution du Contrat, ce qui doit être mentionné dans le « *Memorandum of Association* » du Concessionnaire (article 3.4), de prévenir sur le plan financier toute situation de dette sans le consentement du Concédant (article 3.5).
- *Le transfert des terrains de l'aéroport et du site* (article 7 : « *Delivery of Airport and the Site* »). Le Concédant s'engage à transférer les terrains liés à l'aéroport dans les deux mois suivant la date de signature du Contrat et après remise du « *Performance Bond* » (article 7.1) ; des mesures particulières sont prévues pour le cas où les terrains seraient remis en retard (article 7.2).
- *La réalisation du projet et les travaux de construction* (article 8 : « *Design and Construction Works* »). Il appartient au Concessionnaire de construire ou faire construire l'ouvrage (article 8.1), et de le faire dans un délai fixé dans une annexe. Il doit pour cela conclure des contrats annexes (« *Associated Agreements* ») pour tous les services (y compris les contrats de prêt) nécessaires à la réalisation de l'ouvrage (article 8.4).

- *Les modifications du Contrat.* Les événements qui peuvent influencer le cours des travaux ou de l'exploitation sont spécialement traités (article 17 : « *Material Adverse Governmental Action* », article 18 : « *Force Majeure* »). Il en va de même de la fin anticipée du Contrat (article 19).
- *Droit applicable et clause de résolution des litiges.* S'agissant du droit applicable, l'article 21.1 (« *Governing Law* ») prévoit ce qui suit : « *This Concession Contract is deemed to be a civil law contract and governed by the civil laws of the Republic of Egypt* ». L'article 21.3 traite de la résolution des différends et contient en particulier une clause arbitrale soumettant la procédure aux Règles du « *Cairo Regional Arbitration Center* » (article 21.3.3 ss) : c'est sur cette base qu'a été menée la procédure devant le Tribunal arbitral CRCICA (cf. ci dessus n° 44 ss).
- *Règles diverses.* Le Contrat se termine par une série de dispositions diverses (« *Miscellaneous Provisions* »). Parmi celles sur les représentations et garanties de la Concessionnaire (« *Representations and Warranties by the Concessionaire* »), le Tribunal arbitral relève l'article 23.1.6 concernant l'obligation de créer une société égyptienne (cf. ci-dessous n° 140).
- *Les signatures.* Le Contrat est signé pour l'« *Egyptian Civil Aviation Authority* » par son Président, le Pilote Abdelfaatah Mohamed Kato, et pour Malicorp Ltd par son Managing Director, Dr Abbe Mercer.

## 2. Les conclusions des Parties

94. Dans leur dernier état, les conclusions des Parties sont les suivantes :

### a) En ce qui concerne la compétence

- Pour la Défenderesse (cf. Déf. 01.07.09, n° 106) :

*« In holding that investments marked by fraud were not entitled to such protection [the benefit or the relevant treaties, (n° 105)] as a matter of jurisdiction, the Tribunals in Inceysa, Fraport and Phoenix Action were not developing new theories. Those Tribunals were applying well-known, accepted principles to interpret jurisdictional issues regarding investment arbitrations. The principles are so well known and obvious and no one would seek to ignore them in a normal civil case or arbitration. What is perhaps more novel is that Tribunals are increasingly applying these principles of judicial common sense to deal with issues of jurisdiction at the outset of investment arbitrations. The Respondent respectfully submits that that is the course of action that this Tribunal should adopt »* (surlignage ajouté).

- Pour la Demanderesse (cf. Dem. 05.02.2010, p. 23) :

*« Déclarer recevable la société Malicorp Ltd en son action, et dire que le litige soumis par la société Malicorp contre la République Arabe d'Egypte entre dans la compétence du CIRDI et du Tribunal arbitral ».*

b) **En ce qui concerne le fond**

- Pour la Demanderesse (cf. Dem. 05.02.2010, p. 23) :

*« Au fond,*

*Constater la violation par la République Arabe d’Egypte de ses obligations selon les articles 2(2) et 5 du Traité TBI du 11 juin 1975 au préjudice de la société Malicorp Ltd,*

*Dire la société Malicorp Ltd bien fondée en sa demande de compensation aux termes des articles 1, 2 et 5 du Traité TBI du 11 juin 1975 à l’encontre de la République Arabe d’Egypte,*

*Dire que cette compensation sera au moins fixée à la valeur du marché et de l’investissement exproprié correspondant à la valeur des droits concédés à la société Malicorp Ltd par le contrat annulé du 4 novembre 2000,*

*Autoriser la société Malicorp Ltd à justifier du montant de cette compensation conformément au programme fixé lors de la séance du Tribunal Arbitral du 31 juillet 2009,*

*En tout état de cause,*

*Dire que la République Arabe d’Egypte sera condamnée dans la sentence finale aux entiers frais de procédure en ce compris le remboursement des avances, ainsi qu’au remboursement des dépenses engagées par la société Malicorp Ltd conformément aux articles 28 et 47 du Règlement d’Arbitrage ».*

- Pour la Défenderesse (cf. Déf. 05.03.2010, n° 155) :

*« The Respondent respectfully submits that Malicorp’s claim should be rejected, promptly as an improper attempt to use BIT rights to profit from its own fraud and negligence and its own failure to perform the Concession Contract ».*

**3. Le plan de la Sentence**

95. Pour le Tribunal arbitral, ces conclusions justifient qu’il examine les questions dans l’ordre suivant :

- la compétence du Tribunal arbitral (ci-dessous lettre B) ; et s’il l’admet :
- les violations alléguées de l’Accord (ci-dessous lettre C) ; et dans tous les cas :
- la fixation et l’allocation des frais et dépens de l’arbitrage (ci-dessous lettre D).

## **B. LA COMPETENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL**

### **1. Le problème**

96. Selon la Défenderesse, le Tribunal arbitral ne serait pas compétent pour trancher la présente affaire, ce que conteste la Demanderesse.
97. A cette fin, la Défenderesse conclut en effet (cf. également ci-dessus n° 94) :

« *The Respondent respectfully submits that that [le déni de la compétence en vertu des règles de la bonne foi] is the course of action that this Tribunal should adopt* ».

La Demanderesse quant à elle demande au Tribunal arbitral de

« *Déclarer recevable la société Malicorp Ltd en son action, et dire que le litige soumis par la société Malicorp contre la République Arabe d’Egypte entre dans la compétence du CIRDI [...]* ».

Pour en décider, le Tribunal arbitral analysera les conditions requises pour la compétence du Tribunal arbitral en général, notamment l’existence d’un litige relatif à un investissement protégé – point sur lequel les positions des Parties divergent.

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

98. Il n’est pas contesté que le Tribunal arbitral saisi d’une exception d’incompétence a non seulement le droit mais l’obligation de se prononcer sur sa propre compétence (« compétence de la compétence »). C’est ce que confirme expressément l’article 41 paragraphe 1 de la Convention CIRDI qui prescrit que « [l]e Tribunal est juge de sa compétence ».

A cet égard, les Parties et la Défenderesse en particulier ont axé tous leurs moyens sur la question de la fraude alléguée et de son influence sur la compétence du Tribunal arbitral, sans vraiment discuter des autres conditions auxquelles est subordonnée cette compétence. Le Tribunal arbitral n’en doit pas moins s’assurer que toutes les conditions sont effectivement remplies.

Or, cette compétence dépend des textes qui la fondent, par la présentation desquels il importe de commencer.

#### **2.1. Les fondements de la compétence du Tribunal**

99. La Demanderesse fonde son action sur deux textes : l’article 8 de l’Accord et l’article 25 de la Convention CIRDI.

Il est vrai que *le Contrat* contient lui aussi une disposition spéciale traitant de la résolution des litiges (article 21.3 : « *Resolution of Disputes* » ; cf. ci-dessus n° 93). Celle-ci vise toutefois un arbitrage de droit international privé pour résoudre les actions strictement contractuelles. C’est sur cette clause que s’est fondée la Demanderesse pour intenter action sous l’égide du CRCICA devant le Tribunal

arbitral CRCICA (cf. ci-dessus n° 44 ss). Il n'en sera pas directement question ici puisque ce régime n'est pas applicable à la présente procédure.

100. a) L'article 8 de l'Accord. Il est intitulé « Renvoi devant le Centre international pour le Règlement des différends relatifs aux investissements » (« *Reference to International Center for Settlement of International Disputes* »). Seul le premier alinéa présente un intérêt dans ce contexte; il a la teneur suivante :

*« Article 8. RENVOI DEVANT LE CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS*

*1) Chaque Partie contractante accepte de soumettre au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après dénommé « le Centre ») pour le règlement par voie de conciliation ou d'arbitrage en vertu de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, ouverte à la signature à Washington le 18 mars 1965 tout différend de caractère juridique opposant cette Partie contractante à un ressortissant ou à une société de l'autre Partie contractante au sujet d'un investissement de ce ressortissant ou de cette société sur le territoire de la première Partie contractante. Une société de l'une des Parties contractantes dans laquelle avant qu'un tel différend ne se produise des ressortissants ou des sociétés de l'autre Etat contractant détenaient la majorité des actions sera conformément à l'alinéa b du paragraphe 2 de l'article 25 de la Convention assimilée aux fins de la Convention à une société de l'autre Partie contractante. Dans le cas où un tel différend se produit et ne peut être réglé d'un commun accord dans un délai de trois mois par les Parties au différend par les voies de recours internes, par la conciliation ou tout autre moyen, si le ressortissant ou la société en cause consent également par écrit à soumettre le différend au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements à une conciliation ou à un arbitrage en application de la Convention, chaque Partie peut engager une action en adressant une requête à cet effet au Secrétaire général du Centre comme le prévoient les articles 28 et 36 de la Convention. En cas de désaccord au sujet de la question de savoir si la conciliation ou l'arbitrage constitue la procédure la plus appropriée, le ressortissant ou la société en cause aura le droit de trancher ».*

*« Art 8. REFERENCE TO INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES*

*1.) Each Contracting Party hereby consents to submit to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (hereinafter referred to as "the Centre") for settlement by conciliation or arbitration under the Convention on the Settlement Investment Disputes between States and Nationals of Other States opened for signature at Washington on 18 March 1965 any legal dispute arising between that Contracting Party and a national or company of the other Contracting party concerning an investment of the latter in the territory of the former. Such a company of one Contracting Party in which before such a dispute arises the majority of shares are owned by nationals or companies of the other Contracting Party shall in accordance with Article 25 (2) (b) of the Convention be treated for the purposes of the*

*Convention as a company of the other Contracting Party. If any such dispute should arise and agreement cannot be reached within three months between the parties to this dispute through pursuit of local remedies, through conciliation or otherwise, then, if the national or company affected also consents in writing to submit the dispute to the Centre for settlement by conciliation or arbitration under the Convention, either party may institute proceedings by addressing a request to the effect to the Secretary-General of the Centre as provided in Articles 28 and 36 of the Convention. In the event of disagreement as to whether conciliation or arbitration is the more appropriate procedure the national or company affected shall have the right to choose ».*

101. b) L'article 25 de la Convention CIRDI. L'article 8 paragraphe premier de l'Accord se réfère expressément pour la solution des litiges liés à des investissements à la procédure instituée par la Convention CIRDI. La disposition topique est l'article 25 paragraphe premier, qui a la teneur suivante :

*« Article 25*

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

102. Ces deux textes, à l'évidence apparentés, subordonnent la compétence d'un tribunal arbitral à un certain nombre de conditions, dont la plupart – à l'exception d'une seule qui sera discutée plus loin - ne sont en l'espèce pas contestées :

- a) *Le consentement de l'autre Etat contractant.* Il faut que l'Etat recherché ait consenti par écrit à soumettre le litige au Centre. Par la première phrase de l'article 8 de l'Accord, l'Egypte a expressément et valablement donné son consentement à être soumise à une telle procédure d'arbitrage.
- b) *Le consentement de l'investisseur.* Il faut que l'investisseur qui entend agir y ait également consenti par écrit. Au plus tard en ouvrant la présente procédure, Malicorp a donné son consentement.
- c) *La nationalité de l'investisseur.* Il faut que l'investisseur soit un « ressortissant de l'autre Etat contractant ». Malicorp est une société constituée « en vertu de la législation en vigueur sur [une] partie du Royaume-Uni » (article 1 lettre d) de l'Accord) et donc une société de l'autre Partie contractante.
- d) *Un différend d'ordre juridique.* Il faut que l'on se trouve en présence d'un différend d'ordre juridique et non politique ou autre. Le point n'est pas contesté.
- e) *Relatif à un investissement.* Le point n'a pas été discuté comme tel par les Parties, mais sous l'angle de ses relations avec les exigences de la bonne foi. On y reviendra plus loin.

- e) *Sur le territoire de l'autre Etat contractant.* Il faut que l'investissement que prétend avoir fait celui qui agit ait été effectué sur le territoire de l'autre Etat contractant. C'est en l'espèce le cas des investissements que Malicorp prétend avoir faits puisque qu'ils étaient destinés à la construction et l'exploitation de l'aéroport de Ras Sudr, en Egypte.
- f) *Une violation alléguée du Traité.* Il faut que celui qui agit allègue avoir été victime d'une violation du Traité de base. En l'espèce, Malicorp prétend que l'Egypte a violé les obligations prévues aux articles 2 (« Promotion et protection des investissements ») et 5 (« Expropriation ») de l'Accord (Dem. 21.10.2008, p. 8 ss ; Dem. 23.10.2009, p. 28 ss), une allégation qui ne peut à ce stade être d'emblée rejetée, sous réserve de ce qui sera dit plus loin à propos de l'investissement.

103. A ce sujet, le Tribunal arbitral tient néanmoins à relever que l'on aurait pu sérieusement se demander (1) s'il ne s'agit pas d'une action purement contractuelle, n'ouvrant pas la voie à la protection spéciale découlant de l'Accord et surtout (2) si la décision rendue sur cette base par le Tribunal arbitral CRCICA ne fait pas obstacle à la présente procédure.

- a) *Le fondement des prétentions* que fait valoir la Demanderesse dans la présente procédure repose en définitive uniquement sur une violation du Contrat dont la Demanderesse prétend qu'il a été annulé sans motif par la Défenderesse. Bien que conclu avec l'Etat, ce Contrat se veut un pur contrat de droit privé (article 21.1. « [...] is deemed to be a civil law contract »; cf. ci-dessus n° 93); il est soumis au droit civil égyptien (« [...] governed by the civil laws of the Republic of Egypt »; cf. ci-dessus n° 93) et il contient une clause arbitrale (ci-dessus n° 93 et 99). C'est bien sur ces bases que la Demanderesse a agi contre l'Egypte en ouvrant la procédure arbitrale CRCICA prévue par le Contrat (ci-dessus, n° 44 ss) et c'est sur cette base que le Tribunal arbitral CRCICA a tranché.

Or, les prétentions que la Demanderesse fait valoir dans les deux procédures sont les mêmes, dès lors que, dans l'un et l'autre cas, mais à des titres différents, elle se fonde sur ce qui constitue à ses yeux une annulation injustifiée du Contrat. Les motifs pour lesquels, selon elle, la Défenderesse a décidé d'annuler le Contrat ne changent rien au fait que, même dans ce cas, on se trouverait en présence d'une violation de contrat.

Durant les audiences, les Conseils de la Demanderesse ont d'ailleurs expressément déclaré que les montants que celle-ci pourrait percevoir à la suite de la sentence du Tribunal arbitral CRCICA seraient déduits de ceux auxquels elle aspire dans la présente procédure (Transcript 19/20.04.10, p. 68/8-15).

- b) *La procédure arbitrale commerciale*, c'est-à-dire de droit international privé, a été menée à son terme par le Tribunal arbitral CRCICA et la Demanderesse a partiellement obtenu gain de cause puisque la République a été condamnée, conjointement avec les deux autres organismes officiels recherchés, à lui verser une indemnité de quelque 14 millions de dollars (ci-dessus n° 58). A la différence de la Défenderesse, elle n'a pas recouru contre cette sentence, ni ne s'est jointe au recours déposé par la République (cf. ci-dessus n° 59). Il en

découle que, pour elle, cette sentence est définitive. Elle a d'ailleurs entrepris les démarches nécessaires afin de la faire exécuter dans au moins un pays.

Or l'autorité de chose jugée d'une décision rendue par une autre juridiction compétente entre les mêmes parties, concernant les mêmes prétentions et sur les mêmes fondements factuels et légaux interdit à une partie de réintroduire une nouvelle action en tous points similaires.

- c) *La protection offerte par les traités d'investissement* ne couvre pas nécessairement les prétentions purement contractuelles, si les parties au contrat ont convenu d'une autre clause d'attribution de compétence et si tant est que les parties soient les mêmes (*SGS Société Générale de Surveillance SA c. Philippines* (Affaire CIRDI No. ARB/02/6, Décision du Tribunal arbitral sur les objections de compétence du 29 janvier 2004 in 8 ICSID Rép. 518 (2005)) ; *Joy Mining Machinery Ltd c. Egypte* (Affaire CIRDI No. ARB/03/11, Sentence du 6 août 2004 in 132 Journal du droit international 163 (2005)) ; *LESI S.p.A et Astaldi S.p.A c. Algérie* (Affaire CIRDI No. ARB/05/03, Sentence du 12 juillet 2006 publiée sur [www.icsid.worldbank.org](http://www.icsid.worldbank.org))). Il appartient en principe à qui se prétend lésé par la violation d'un contrat de poursuivre son cocontractant selon les voies prévues à cet effet. Tant qu'il existe une procédure de ce type pour protéger l'investissement, il n'est pas possible de recourir aux moyens spéciaux prévus par les traités, si la voie commerciale, qu'il s'agisse d'arbitrage ou de juridictions locales, permet d'épuiser toutes les conclusions et tous les arguments. On ne voit pas en quoi un traité d'investissement serait violé du simple fait de la violation d'un contrat, tant que les mécanismes de contrôle mis en place par ce contrat fonctionnent normalement. L'arbitrage d'investissement n'a pas été institué pour servir de voie de substitution aux contractants qui renoncent à suivre la procédure ordinaire à laquelle ils ont accepté de se soumettre, ni de moyen de recours à ceux qui n'ont pu obtenir (pleine) satisfaction par cette voie. Pour que la violation d'un contrat puisse fonder la compétence d'un tribunal arbitral d'investissement, il faut que cette violation constitue simultanément et pour des motifs propres au traité protégeant l'investissement une violation de ce traité, violation qui ne pouvait être jugée dans la procédure ordinaire. Tombent notamment dans le champ de compétence *ratione materiae* du tribunal arbitral d'investissement des actes de puissance publique de l'Etat-hôte qui privent l'investisseur étranger de ses droits contractuels en violation des garanties offertes par l'Accord. Par exemple, une décision de l'Etat-hôte qui doit être reconnue comme effective par le tribunal arbitral commercial ou une règle édictée par l'Etat-hôte qui doit être appliquée par ce tribunal pourront être portées devant le tribunal arbitral d'investissement comme violant les garanties matérielles prévues par le traité d'investissement.

L'affirmation doit être il est vrai nuancée :

- Les parties à un BIT peuvent convenir que toutes les contestations qu'un investisseur peut faire valoir contre l'Etat-hôte pourraient être aussi soumises au Tribunal (« *umbrella clause* »). Encore faut-il pour cela que le demandeur fasse son choix d'emblée ; il ne peut tenter dans un premier temps la voie contractuelle pour recourir ensuite à la voie

spéciale s'il n'est pas satisfait du résultat obtenu, ce qui est très précisément la situation réalisée en l'espèce.

Pour entrer dans la compétence du présent Tribunal arbitral, les prétentions que la Demanderesse entend déduire d'une violation du Contrat doivent être fondées sur les dispositions de l'Accord. Si et dans la mesure où ces prétentions se fondent sur la violation des obligations contractuelles que l'Etat-hôte s'est engagé à respecter au sens de la clause cadre (« *umbrella clause* »), ces prétentions ne sauraient remettre en cause le dispositif de la sentence CRCICA (notamment sur l'invalidation du Contrat). Cette sentence a tranché les prétentions contractuelles des parties au Contrat, y compris les prétentions de et contre l'Etat-hôte dans la mesure où il a agi en sa qualité de partie au Contrat. En vertu du principe qui interdit à une partie de se contredire, et en vertu de l'autorité de la chose jugée, la Demanderesse ne peut à la fois invoquer une violation du Contrat au titre de l'Accord et demander l'exécution forcée de la sentence commerciale au titre de la clause arbitrale.

- Le raisonnement serait également différent si l'investisseur recherche l'Etat-hôte pour des motifs qui ne sont pas liés à la violation du contrat, mais à d'autres faits : le refus de l'Etat partie au contrat de se soumettre à la procédure contractuelle, les conditions dans lesquelles la procédure commerciale a été menée, les obstacles mis par l'Etat-hôte à l'exécution de la décision commerciale. Aucun de ces faits n'a été en l'espèce allégué par la Demanderesse.

d) La question aurait pu être sérieusement discutée en l'espèce, mais le Tribunal arbitral renonce à s'en contenter pour les raisons suivantes :

- La République ne s'est à aucun moment prévalu de cette objection. Bien plus, dans la procédure arbitrale CRCICA, elle s'est fermement opposée à la voie arbitrale prévue par le Contrat, une voie dont elle a contesté la validité; elle a recouru contre la décision du Tribunal arbitral CRCICA qui admettait sa compétence et elle a obtenu gain de cause devant les juridictions étatiques égyptiennes lors d'un premier recours, qui fait actuellement l'objet d'un examen (apparemment) toujours pendant devant la Cour suprême (ci-dessus n° 59).

Force est dès lors de constater que, par cette attitude, la Défenderesse a rejeté le fonctionnement des voies prévues par le Contrat. Pour le Tribunal arbitral, il en résulte une certaine incertitude sur le sort de la voie commerciale, de sorte qu'il est admissible que la partie qui se prétend lésée puisse utiliser les voies offertes par l'Accord ; il ne peut être question en revanche de refaire le procès commercial.

- Il n'appartient pas au présent Tribunal arbitral de se prononcer sur la validité de la sentence arbitrale CRCICA ; cela ne lui a pas été demandé, et la Défenderesse ne pourrait être rendue responsable d'une décision prise par un tribunal autonome. La Demanderesse ne s'en est pas prévalu ; renonçant à formuler un recours à son encontre, elle en a

admis les conclusions et veut en obtenir l'exécution forcée. Le fait qu'elle n'ait pu, à ce jour, obtenir gain de cause devant une juridiction nationale n'y change rien.

Néanmoins, pour tenir compte du fait que la sentence CRCICA fait l'objet de critiques de la part de la Défenderesse, le Tribunal de céans réexaminera plus bas, dans le cadre du grief fondé sur l'*umbrella clause*, les conclusions auxquelles le Tribunal arbitral CRCICA est parvenu dans sa sentence.

104. La Défenderesse n'a pas non plus soulevé d'objection à propos de la procédure suivie, notamment en relation avec l'exigence figurant à l'article 8 de l'Accord d'une procédure préalable de règlement amiable du différend. On ne voit guère d'ailleurs, au vu des procédures engagées, que cette mesure eût permis une solution.
105. Les seules questions à examiner sous cet angle, mais elles sont centrales, concernent la notion de différend relatif à un investissement (ci-dessous 2.2) et surtout l'objection tirée de la violation des règles de la bonne foi (ci-dessous 2.3).

## **2.2. L'existence d'un litige relatif à un investissement ?**

106. La question de savoir s'il existe un investissement protégé par l'Accord ressortit en principe à l'examen du litige au fond. Mais, pour déterminer le champ *ratione materiae* de la compétence du Tribunal arbitral, il faut déterminer si le différend, tel que délimité en particulier par les chefs de conclusion de la Demanderesse, porte sur un tel investissement. La première question dépend donc de la définition donnée à « l'investissement » qui doit être l'objet du litige.
107. Or, même si le point n'est pas incontesté, pour qu'une procédure fondée sur la violation d'un traité soit admissible, il faut que l'investissement sur lequel porte le litige concerné passe un double test (aussi « *double keyhole approach* » ou « *double barrelled test* » ; voir à ce sujet Chr. Schreuer, *The ICSID Convention, A Commentary*, 2<sup>ème</sup> éd., 2009, ad. article 25 n° 122 ss et les références). Il doit en effet correspondre :
- d'une part au sens du terme retenu par ce traité, lequel définit ainsi le cadre du consentement donné par l'Etat, mais aussi
  - d'autre part au sens de la Convention CIRDI, laquelle détermine ainsi la compétence du Centre et des tribunaux arbitraux intervenant sous son égide.
108. a) L'article premier lettre a) de l'Accord donne de l'investissement la définition suivante :

*« Le terme 'investissement' désigne les avoirs de toute nature et plus particulièrement mais non exclusivement*  
*i) les biens meubles et immeubles ainsi que tous les droits réels tels que les hypothèques, les privilèges, ou les nantissements ;*  
*ii) les actions, obligations de sociétés et autres formes des participations dans le capital de ces sociétés ;*  
*iii) les créances ou tous les droits contractuels à prestation ayant une valeur économique ;*

*iv) les droits de propriété intellectuelle et les éléments incorporels des sociétés ;*

*v) les concessions industrielles ou commerciales accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de ressources naturelles ».*

Cette définition correspond largement à celles que l'on trouve dans de nombreux contrats bilatéraux. En particulier à l'article 1 du *United Kingdom's Model Agreement* (cf. Schreuer, op. cit., n° 141).

Cette définition ne met pas l'accent sur les contributions faites par celui qui agit, mais sur les droits et les valeurs que ces contributions ont générés pour lui. En réalité, le texte d'autres dispositions de l'Accord présuppose clairement qu'il y ait eu des contributions, en particulier l'article 2 paragraphe 1 qui fait obligation à chaque Partie (à l'Accord) de « [encourager] *les ressortissants ou les sociétés de l'autre Partie contractante à investir des capitaux sur son territoire et à créer des conditions favorables à ces investissements [...]* ». La définition retenue par l'article premier semble se rapporter directement aux mesures qu'un Etat peut prendre pour les mettre en danger, notamment par expropriation.

109. b) L'article 25 de la Convention CIRDI ne contient en revanche aucune définition de la notion. C'est à dessein que les auteurs y ont renoncé, afin de laisser à la pratique la plus grande liberté (cf. Schreuer, op. cit., n° 113 ss).

De nombreux tribunaux arbitraux ont proposé des définitions, en se référant en particulier aux critères énumérés dans la décision *Salini c. Maroc* (Affaire CIRDI No. ARB/00/4, Décision sur la compétence du 23 juillet 2001, paragraphe 3 *dans* 129 *Journal du droit international* 196 (2002) ; cf. ég. Schreuer, op. cit., n° 152 ss) ; il faudrait en conséquence dans l'acception la plus complète, même si contestée, (i) une contribution, (ii) d'une certaine durée, (iii) de nature à générer des revenus, (iv) présentant un risque particulier et (v) propre à favoriser le développement économique du pays-hôte. Ces critères n'ont aucun caractère absolu et doivent être envisagés comme des tentatives de cerner la notion.

110. Les deux définitions ne se recouvrent pas à première vue, puisqu'elles partent de perspectives différentes. De l'avis du Tribunal arbitral ces deux aspects sont en réalité complémentaires. En effet, la notion d'investissement doit être comprise dans la perspective des objectifs poursuivis par l'Accord et la Convention CIRDI. Il s'agit de « promouvoir » les investissements, c'est-à-dire de créer des conditions propres à encourager des ressortissants étrangers à faire des contributions et des prestations dans le pays d'accueil, mais également et à cette fin de « protéger » les fruits de ces contributions et de ces prestations. Ces objectifs ressortent du Préambule de la Convention CIRDI qui reconnaît d'une part « *le rôle joué [...] par les investissements privés internationaux* » « *dans la coopération internationale pour le développement économique* », mais qui consacre parallèlement la nécessité d'aménager des mécanismes idoines de résolution des litiges. L'objectif de l'Accord est également de poursuivre « *l'encouragement et la protection réciproque [...] de ces investissements* » afin de « *stimuler l'initiative commerciale et [d'] accroître la prospérité dans les deux Etats* » (préambule). Les deux aspects sont donc bien complémentaires. Il faut « *activement* » des contributions économiques, une condition

confirmée par l'étymologie du mot « *investir* », mais il faut « *passivement* » que ces contributions aient généré des valeurs économiques que les textes entendent protéger.

Les deux aspects sont pris en compte, mais de manière complémentaire par les deux textes de base. A l'évidence, l'article 1(a) de l'Accord met l'accent sur les fruits et les valeurs résultant de l'investissement et qu'il convient de protéger, alors que les définitions généralement retenues en relation avec l'article 25 de la Convention CIRDI mettent l'accent sur les contributions qui ont créé ces fruits et ces valeurs. On en déduira qu'il ne peut y avoir de protection des valeurs que si elles sont le résultat de contributions, et que les contributions ne seront protégées que si elles ont effectivement produit des valeurs dont l'investisseur prétend avoir été frustré.

111. En l'espèce, on retrouve les deux aspects, mais dans des proportions diverses :

- Il est incontesté que la Demanderesse a bénéficié sous le Contrat d'une concession de longue durée qui aurait pu générer d'importants revenus, comme il est incontesté que le Concédant a mis fin prématurément à ce Contrat, privant la Concessionnaire des revenus que celle-ci aurait pu réaliser. Ce n'est pas ici le lieu de discuter si ce Contrat est valable ou si la résiliation était fondée ; on y reviendra plus loin. Pour la Demanderesse, cette perte représenterait plusieurs dizaines, voire centaines de millions de dollars.
- Il est incontesté également que la relation des Parties a pris fin très rapidement sans que la Concessionnaire ait réellement fait de contributions importantes. Sans doute a-t-elle eu des frais en relation avec la préparation de son offre et la négociation du Contrat ; il est possible également qu'elle ait pris par la suite d'autres mesures ; ni le dossier ni la procédure n'en ont fait état, mais la décision du Tribunal arbitral CRCICA en tient compte. Néanmoins, en soi rien ne s'oppose à ce que l'on considère que constitue aussi une contribution l'engagement durable et contractuel d'une partie d'exécuter par la suite des prestations remplissant les critères traditionnels : il est prévu que la construction à elle seule devait entraîner des coûts supérieurs à 200 millions de dollars, que ces travaux et surtout l'exploitation de l'aéroport dureraient plusieurs années, que l'investisseur en retirerait des bénéfices qu'il estime dans la présente procédure à plusieurs centaines de millions de dollars, que le projet comportait un risque et qu'il devait contribuer par sa nature et son ampleur au développement touristique et économique de la région.

En d'autres termes, si elle est avérée, l'expropriation porte sur les expectatives qui pouvaient être attendues d'un contrat qui, bien que conclu, n'avait encore connu aucun acte d'exécution, mais comportait un engagement de base.

112. Si l'on s'en tient à la définition donnée par l'article 1 de l'Accord, il apparaît que les conditions de la définition sont remplies. Selon ce qui a été retenu, la Demanderesse fait bien valoir des « *avoirs* », en particulier des « *créances* » ou « *d'autres droits contractuels à prestation ayant une valeur économique* » (ch. iii), de même qu'elle a été privée d'une concession industrielle et commerciale qui lui a été attribuée en vertu de la loi ou d'un contrat et qui aurait contribué au développement économique de l'Egypte (ch. v).

On doit en déduire que, de ce point de vue, la condition est remplie, en dépit du fait qu'aucune mention n'est faite des contributions qui en sont la cause.

113. L'aspect de la contribution est en revanche régulièrement mentionné dans les définitions proposées autour de l'article 25 de la Convention CIRDI. Il est nécessaire qu'il y ait eu une contribution. L'exigence paraît raisonnable, car l'objectif de base est bien d'encourager les prestations qu'un ressortissant étranger prend le risque de faire dans le pays-hôte. Il est vrai que la protection s'étendra ensuite aux valeurs ainsi créées par la contribution, sous la forme de biens, de droits ou de créances. On admettra donc que l'Etat-hôte a entendu s'engager à faire arbitrer aussi les litiges portant sur le type de contribution qu'il a voulu encourager en concluant l'Accord.

S'agissant d'un contrat, il a été jugé avec raison que les coûts engagés durant la négociation et en vue de la conclusion d'un contrat ne constituent pas un investissement, si l'Etat refuse finalement de conclure (cf. Schreuer, op. cit., ad. article 25 n° 175 ss). La situation est différente en l'espèce puisque le Contrat a bel et bien été conclu (voir en ce sens *PSEG c. Turquie*, Affaire CIRDI No. ARB/02/5, Sentence du 19 janvier 2007, paragraphe 304 publiée sur <http://icsid.worldbank.org> ; et Schreuer, op. cit., ad. article 25, n° 179). Il est vrai que Malicorp ne semble pas avoir fait de prestations nombreuses en relation avec lui. Il n'empêche que le fait de s'être engagée par ce Contrat impliquait pour l'avenir l'obligation de faire des contributions importantes. Cet engagement constitue l'investissement ; il emporte la promesse de faire à l'avenir des contributions à l'exécution desquelles il est désormais contractuellement tenu. En d'autres termes, la protection est ici étendue à la privation des revenus que l'investisseur était en droit d'espérer en contrepartie des contributions qu'il n'avait pas encore accomplies mais qu'il s'était engagé par contrat à effectuer par la suite.

114. Pour ces raisons, le Tribunal arbitral admet que le litige a trait à un investissement. Dès lors, il n'y a pas lieu d'examiner au stade de la décision sur la compétence, si le Contrat qui constitue l'investissement a été valablement annulé, de sorte que l'investissement serait en définitive inexistant ; cette question ressortit précisément au fond du litige.

### **2.3. Le problème de la violation alléguée des règles de la bonne foi**

115. La seconde question dans ce contexte est en partie liée à la dernière affirmation. Elle consiste à vérifier si la compétence du Tribunal arbitral reste donnée dans l'hypothèse où l'investisseur demanderait protection d'une manière contraire aux règles de la bonne foi.

L'essentiel de l'argumentation développée par la Défenderesse repose sur cet aspect. Selon elle, le respect de la bonne foi est un principe essentiel du droit international, principe qui s'étend au régime de la protection des investissements. Elle en déduit que cette protection exclut que soient protégés des investissements effectués en violation de ces règles. Or en l'espèce, argumente-t-elle, le Contrat a été conclu par la Défenderesse sur la base d'un faux. A l'appui de sa thèse, elle cite deux décisions récentes (Déf. 01.01.09, n° 71 ss, se référant à *Inceysa c. Salvador*, référence dans Pièce R-Lex, pp. 10-11 et à *Phoenix Action c. République Tchèque*, référence dans Pièce R-Lex, pp. 20-21). La Demanderesse pour sa part conteste principalement les faits allégués et en particulier que le Contrat ait été obtenu sur la base d'un faux.

116. Il est incontestable, et le présent Tribunal arbitral ne peut que le confirmer, que la protection de la bonne foi fait partie des principes fondamentaux du droit international et du droit des investissements. Comme en droit interne, la règle remplit une fonction complémentaire ; elle permet de combler des lacunes de la législation applicable ou de préciser celle-ci par la concrétisation des principes existants.

Or, pour le Tribunal arbitral, cela peut intervenir dans deux contextes au moins :

- Lorsque la protection est demandée *dans des conditions* qui sont contraires aux règles de la bonne foi. Il ne paraît pas contestable en effet que la protection offerte par les traités d'investissements ne s'étend pas aux cas dans lesquels l'investisseur en a créé les conditions d'une manière contraire aux règles de la bonne foi, notamment par le recours à un véritable abus de droit. Par exemple lorsqu'une partie, le plus souvent au courant de mesures restrictives que pourrait prendre un Etat, crée artificiellement, seule ou avec la complicité de tiers, les conditions d'une protection. Ainsi celui qui use de stratagèmes pour faire croire qu'il a acquis ou acquiert la nationalité d'un pays contractant à seule fin de bénéficier de la protection offerte par un traité (cf. *Cementownia c. Turquie*, Affaire CIRDI ARB(AF)/06/2, Sentence du 17 septembre 2009 ; *Phoenix Action c. République Tchèque*, Affaire CIRDI No. ARB/06/5, Sentence du 15 avril 2009 publiée sur <http://icsid.worldbank.org>). Dans ces hypothèses, le vice affecte non seulement les droits de l'investisseur au fond, mais également et prioritairement son droit de faire arbitrer le différend qui s'y rapporte. Ces cas n'appellent pas d'examen plus poussé dans ce contexte, puisque l'hypothèse en cause n'entre pas dans ces prévisions.
- Lorsque la protection est demandée *pour un investissement* dont il est prétendu qu'il a été fait dans des conditions contraires aux règles de la bonne foi. Ainsi, lorsque « l'investissement » est le résultat d'un acte de corruption, qu'il a été obtenu par des tromperies ou des fraudes. Dans ces cas, le vice affecte non le droit d'invoquer la protection d'un Accord, mais l'investissement que prétend avoir fait celui qui demande protection. C'est le contexte dans lequel s'inscrit l'hypothèse au centre de la présente décision.

117. Pour cette dernière hypothèse, les tribunaux arbitraux qui ont eu l'occasion d'examiner des questions de cette nature les ont abordées sous des angles différents. En simplifiant, on peut retenir qu'ils ont principalement opté pour l'une des deux voies suivantes (cf. Abby Cohen-Smutny et Petr Polasek, « *Unlawful or Bad Faith Conduct as a Bar to Claims in Investment Arbitration* » in A Liber Amicorum : Thomas Wälde (2009)) :

- Certains ont examiné la question, d'entrée de cause, *sous l'angle de la compétence*. Pour que la compétence d'un tribunal arbitral CIRDI soit donnée, il faut que l'Etat recherché y ait valablement donné son consentement ; cela suppose que, dans cette procédure, celui qui le poursuit ait fait un investissement répondant aux exigences qu'il peut avoir posées et aux conditions générales de validité (*Fakes c. Turquie*, Affaire CIRDI No. ARB/07/20, Sentence du 14 juillet 2010, paragraphe 108 ; niant cependant que la bonne foi constitue une condition de la compétence, cf. paragraphe 112). C'est pour cette raison que la question de l'application éventuelle des règles de la bonne foi est traitée sous l'angle de l'article 25 de la Convention CIRDI, en

relation avec l'examen de la compétence (notamment *Phoenix Action c. République Tchèque*, op. cit.).

- D'autres tribunaux ont examiné la question, dans un second stade, *sous l'angle du fond*, en rapport avec la validité de l'investissement. Pour qu'un tribunal arbitral CIRDI puisse condamner un Etat pour violation des obligations touchant la protection d'un investissement, encore faut-il que cet investissement soit valable. C'est pourquoi la question de l'application éventuelle des règles de la bonne foi est alors traitée en relation avec les questions de fond.
118. La distinction entre les deux voies n'a pas qu'une importance théorique, ne serait-ce déjà qu'en raison des moyens de recours contre la décision. Il existe sans doute de bonnes raisons pour choisir l'une ou l'autre voie ; et il est possible que les conditions dans lesquelles surgit la question puissent justifier des solutions différentes. Le présent Tribunal arbitral n'entend pas trancher la question de manière générale.
119. En l'espèce, il existe de forts arguments qui plaident en faveur de la seconde solution, celle qui consiste à renvoyer au fond la question de l'examen de la validité de l'investissement.
- a) La solution découle d'abord du *principe d'autonomie de la convention d'arbitrage*, un principe si fondamental qu'il a aussi sa place en arbitrage d'investissement. Selon ce principe, les vices qui affectent la validité de la relation de droit matériel, qui est l'objet du litige au fond, n'affectent pas automatiquement la validité de la convention d'arbitrage. Ainsi, un tribunal arbitral est compétent pour juger du fond même si le contrat principal a été obtenu par dol ou par corruption. Ce sont seulement les vices qui affectent le consentement à arbitrer lui-même qui pourraient entraîner l'incompétence arbitrale. En l'occurrence, rien ne permet de dire que le consentement à l'arbitrage, distingué du consentement aux garanties matérielles de l'Accord bilatéral, a été obtenu par dol ou par corruption ou même par erreur. Les allégations de la Défenderesse visent l'octroi de la Concession. Or ce n'est pas le Contrat qui fonde le droit d'arbitrer, mais l'offre d'arbitrer de l'Etat contenue dans l'Accord et l'acceptation de cette offre par l'investisseur. L'offre d'arbitrer porte de ce fait sur tous les litiges qui peuvent naître en relation avec cet investissement, y compris sa validité.
  - b) *Les hypothèses* visées concernent de manière générale les causes qui peuvent entraîner l'invalidité d'un investissement. Or ces causes sont extrêmement nombreuses et diverses ; on saisit mal pour quelle raison il se justifierait d'opérer entre elles des distinctions, pour déterminer la manière et le moment où elles doivent être examinées. En soi, on pourrait appliquer à toutes l'idée selon laquelle le consentement de l'Etat ne couvre que des investissements valables. Sans doute, certaines causes, notamment celles que l'on pourrait déduire de la violation des règles de la bonne foi en relation avec l'investissement, ont une valeur particulière, mais cela ne justifie pas qu'on en fasse une catégorie spéciale appelant un traitement prioritaire. Cela se justifie d'autant moins qu'il sera souvent difficile de déterminer au stade de l'examen de la compétence si la cause provient d'un fait contraire à la bonne foi, par exemple, en rapport avec la conclusion d'un contrat, d'une menace ou d'un

dol, ou d'une autre cause apparentée qui en est dépourvue, par exemple en cas d'erreur. Il paraît plus opportun dans ces conditions d'en renvoyer l'examen aux questions de fond.

C'est sûrement le cas dans la présente instance où les Parties divergent d'opinions sur la question de savoir si le Contrat a été ou non conclu sous l'effet d'une fraude, d'un dol ou d'une erreur.

- c) *L'analyse factuelle de ces hypothèses* requiert le plus souvent un examen approfondi, qu'il est difficile d'isoler, tant les faits peuvent être imbriqués. L'existence, la nature et la valeur de l'investissement se fondent largement sur les mêmes mesures d'instruction, et il est de ce fait préférable d'instruire et de traiter tous les aspects simultanément. C'est d'ailleurs pour ces raisons que le présent Tribunal arbitral avait en début de procédure rejeté la requête de la Défenderesse tendant à un traitement séparé des questions de compétence (cf. ci-dessus n° 80 b)) et que l'instruction de la cause a également porté sur les problèmes de fond.

## **2.4. Première conclusion**

120. Sur la base des développements qui précèdent, il sera décidé que

- (1) *Le Tribunal arbitral est compétent pour se prononcer sur les prétentions de la Demanderesse.*

## **C. LES VIOLATIONS ALLEGUEES DE L'ACCORD**

### **1. Le problème**

121. Sur la question des violations des obligations de la Défenderesse à l'égard de la Demanderesse, les deux Parties prennent également des conclusions opposées :

A cet égard, la Demanderesse prend la conclusion suivante :

*« Constaté la violation par la République Arabe d'Egypte de ses obligations selon les articles 2(2) et 5 du Traité TBI du 11 juin 1975 au préjudice de la société Malicorp Ltd ».*

Tandis que la Défenderesse conclut ce qui suit :

*« The Respondent respectfully submits that Malicorp's claim should be rejected, promptly as an improper attempt to use BIT rights to profit from its own fraud and negligence and its own failure to perform the Concession Contract ».*

On rappelle (cf. ci-dessus n° 80 b)) que le Tribunal arbitral a décidé de trancher uniquement dans cette phase de la procédure la question de savoir s'il y a eu une violation des obligations de l'Accord, renvoyant s'il l'admet à une phase ultérieure l'examen du montant que la Demanderesse pourrait en déduire.

122. Il convient de commencer par examiner quels sont les fondements de la prétention de la Demanderesse (ci-après 2.), pour analyser ensuite les motifs invoqués par la Défenderesse à l'appui de sa décision de mettre fin au Contrat, en rapport avec la conclusion du Contrat d'une part (ci-après 3.) et son exécution d'autre part (ci-après 4.).

## 2. Les fondements de la prétention

123. La Demanderesse se fonde sur l'article 2 et l'article 5 de l'Accord (Dem. 21.10.08, p. 10 ; Dem. 05.02.10, p. 23).

- a) L'article 2 de l'Accord porte le titre « Promotion et protection des investissements ». Le premier paragraphe traite de la promotion ; le second, le seul qui nous retient dans ce contexte, a la teneur suivante (les chiffres ajoutés entre crochets le sont par le Tribunal arbitral par souci de précision) :

« [phr. 1] *Les investissements effectués par des ressortissants ou des sociétés de l'une des Parties contractantes devront bénéficier à tout moment d'un traitement juste et équitable et d'une protection et d'une sécurité totales sur le territoire de l'autre Partie contractante.* [phr. 2] *Chaque Partie contractante veillera à ce que la gestion, le financement, l'utilisation, la jouissance et la liquidation des investissements effectués sur son territoire par des ressortissants ou des sociétés de l'autre Partie contractante soient en aucune manière entravés par des mesures abusives ou discriminatoires.* [phr. 3] *Chaque Partie contractante s'acquittera de toute obligation qu'elle pourrait avoir contractée à l'égard des investissements effectués par des ressortissants ou des sociétés de l'autre Partie contractante* ».

- b) L'article 5 de l'Accord porte le titre « Expropriation ». Le second paragraphe est étranger aux hypothèses en cause ; le premier a la teneur suivante (les chiffres ajoutés entre crochets le sont par le Tribunal arbitral par souci de précision)

« [phr. 1] *Les investissements de ressortissants ou de sociétés d'une des Parties contractantes ne seront pas nationalisés, expropriés ou soumis à des mesures équivalant à une nationalisation ou une expropriation (ci-après dénommée « expropriation ») sur le territoire de l'autre Partie contractante sauf pour cause d'utilité publique liées à des conditions internes à cette Partie et moyennant le versement sans retard d'une indemnité juste et équitable.* [phr. 2] *Cette indemnité équivaldra à la valeur marchande de l'investissement exproprié immédiatement avant l'expropriation elle-même ou avant une déclaration gouvernementale officielle d'expropriation à une certaine date, la date la plus lointaine devant être retenue, devra être versée sans délai, être effectivement réalisable et librement transférable.* [phr. 3] *Le ressortissant ou la société touché par cette mesure aura le droit, en vertu de la législation de la Partie contractante procédant à l'expropriation, à ce que soit examinée rapidement par une autorité judiciaire ou un autre organisme indépendant de cette Partie, la question de savoir si l'expropriation est conforme à la législation interne et si l'évaluation a bien été faite conformément aux principes énoncés dans le présent paragraphe* ».

124. La Demanderesse considère que la Défenderesse a en l'espèce violé concurremment chacune des deux dispositions.

Le Tribunal arbitral admet qu'en soi rien ne s'oppose à ce qu'un Etat puisse à la fois violer les interdictions énumérées par l'article 2 et en plus procéder à des mesures d'expropriation au sens de l'article 5. Toutefois, lorsque l'investisseur fonde son action principalement sur le fait qu'il aurait été victime d'une expropriation, la mesure implique nécessairement qu'il aura été simultanément victime d'un traitement qui n'était en particulier ni juste ni équitable. Pour qu'il puisse y avoir un cumul, il faut que l'investisseur puisse établir qu'il a été en plus victime d'autres mesures, différentes de l'expropriation.

Cette condition n'est pas remplie en l'espèce, puisque le reproche unique mais essentiel que fait la Demanderesse concerne l'annulation du Contrat. Nulle part dans ses écritures, elle n'explique en quoi elle aurait été en plus victime d'un traitement injuste ou inéquitable, appelant des conséquences supplémentaires.

125. Pour la Demanderesse, la République aurait violé ces obligations en décidant unilatéralement d'annuler ou de résilier le Contrat de concession sans indemnisation, pour des motifs liés selon elle à la sécurité publique ; ce faisant, elle aurait violé ses obligations contractuelles et pris une mesure qui revient formellement à une expropriation (Dem. 23.10.2009, p. 29). A cet égard, la Demanderesse se réfère notamment à l'affaire *Waguïh Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. Egypte* (Dem. 23.10.2009, p. 32 ss).

La conclusion du Contrat aurait conféré à la Demanderesse le droit d'exploiter l'aéroport à construire pendant 41 ans, d'exploiter des terres allouées autour de l'ouvrage de 30 km<sup>2</sup> et de bénéficier du transfert gratuit de propriété de terres autour des terrains concédés de 300 km<sup>2</sup> (Dem. 23.10.2009, p. 32). En mettant fin au Contrat sans juste motif, la Défenderesse aurait dès lors violé l'article 5 de l'Accord (*ibidem*).

De son côté, la Défenderesse considère qu'elle était en droit d'annuler le Contrat, raison pour laquelle il n'y aurait ni violation de ses obligations, ni, par voie de conséquence, mesure d'expropriation. Afin de bénéficier de l'article 5 de l'Accord, un investissement devrait être effectué de bonne foi et entrer dans le champ d'application de l'Accord (Déf. 01.07.09, n° 97).

126. La première question est dès lors de savoir si la République était en droit de se libérer du Contrat en application des règles de droit privé qui le régissent (cf. ci-dessus, n° 93). Si c'est le cas, il est inutile d'examiner si la Défenderesse a pris au surplus une mesure de puissance publique, non pas en tant que partie au Contrat mais en tant qu'Etat, mesure dont l'effectivité et la conformité à l'Accord devraient être examinées. En effet, l'annulation du Contrat ne laisserait subsister aucune violation de la clause cadre (« *umbrella clause* »), ni d'ailleurs, en l'absence d'investissement protégé, d'autres clauses de l'Accord.

127. Pour décider si le Contrat a été valablement annulé par la Défenderesse, le Tribunal arbitral doit d'abord se reporter à la lettre que le Ministère des transports a adressée à la Demanderesse le 12 août 2001 (Pièce C-33 = R-2, pp. 393 et 396), lettre par laquelle la Défenderesse s'est libérée du Contrat de concession. Cette lettre adressée en arabe dans sa version originale et en anglais, avait la teneur suivante (les chiffres ajoutés entre crochets l'ont été par le Tribunal arbitral pour en faciliter la référence) :

« Messieurs,

*Référence faite au contrat conclu avec votre société pour la construction, l'exploitation et le transfert de l'aéroport de Ras Sudr (concession BOT), nous vous rappelons qu'en dépit de plusieurs mises en demeure qui vous ont été notifiées au cours des mois de décembre 2000 et de janvier 2001 et une mise en demeure définitive signifiée en date du 18/2/2001 exigeant de compléter le dossier requis pour la constitution d'une société de droit égyptien conformément à la loi n° 8/1997, de fournir le planning des travaux et de transformer les lettres de garantie 'provisoire' en lettres de garantie définitive, rien n'a été accompli ; que, néanmoins, un délai additionnel vous a été accordé jusqu'au 28/2/2001;*

[1] *Attendu que votre société a présenté à l'Autorité des pièces dont l'authenticité est douteuse, ce qui a conduit celle-ci à vous adresser une lettre en date du 30/5/2001 vous signifiant la nécessité de fournir des pièces authentiques dans un délai expirant le 30/6/2001, et prolongé ensuite jusqu'au 31/7/2001 ;*

[2] *Attendu que votre société a présenté des pièces aux instances sécuritaires comportant des renseignements inexacts sur l'identité des associés de la société britannique 'Malicorp Ltd' ;*

[3] *Attendu que votre société a tardé à constituer une société de droit égyptien conformément aux dispositions de la législation égyptienne dans les limites du délai fixé dans le contrat, qui expire au 3/2/2001, et qu'elle a, par ailleurs, commis d'autres violations ;*

[4] *Attendu que votre manque de sérieux dans l'exécution des clauses du contrat conclu en date du 4/11/2001 est, jusqu'à présent, manifeste ; qu'en effet, l'exécution du projet n'a pas encore commencé, après plus de neuf mois ;*

*Par conséquent, il a été décidé de résilier le contrat signé avec votre société et de confisquer le montant de la lettre de garantie, tout en réservant le droit de réclamer des dommages-intérêts pour le préjudice subi par notre société et par le gouvernement égyptien du fait du retard pris dans la réalisation d'un projet vital, important et inscrit dans le plan de développement économique défini par l'Etat.*

*Veillez agréer, Messieurs, nos respects.*

*Le Président du conseil d'administration  
Abdel Fattah M. Kato ».*

128. On constate à la lecture de la lettre que la Défenderesse invoque deux types de motifs, que le Tribunal arbitral examinera successivement :

- Les uns (chiffres 1 et 2) se fondent sur des motifs qui touchent *la conclusion du Contrat*, avant tout le fait que la Défenderesse aurait présenté des « pièces dont l'authenticité est douteuse », ainsi que des « renseignements inexacts sur l'identité de la société britannique ». C'est la validité du Contrat qui est en cause.
- Les autres (chiffres 3 et 4) se rapportent au fait que la Demanderesse, après la conclusion du Contrat de concession aurait *violé certaines des obligations* qui étaient les siennes, avant tout la fourniture de certains documents requis, la lenteur à constituer une société de droit égyptien, le manque de sérieux et l'omission des premières mesures d'exécution attendues. C'est l'exécution du Contrat qui est en cause.

129. Il est vrai que la Demanderesse est d'avis que ces motifs ne sont que des prétextes et que la véritable raison tient à un changement de la politique gouvernementale concernant le développement du réseau aéroportuaire. Preuve en serait le fait que par la suite aucun autre aéroport n'aurait été construit et qu'un autre projet aurait subi le même sort que celui de Ras Sudr et pour lequel la République Arabe d'Egypte aurait accepté d'indemniser le Concessionnaire (Transcript 19/20.04.10, p. 39/25-40).

Il est possible que le Gouvernement ait par la suite modifié sa politique. Il était en droit de le faire, mais si, ce faisant, il a violé des obligations auxquelles il s'était valablement engagé, il était tenu de les respecter ou, dans la négative, d'indemniser complètement l'autre partie. Encore faut-il que ces obligations aient été valables. On ne peut interdire à un contractant de se libérer d'un contrat s'il y a pour le faire des motifs légitimes, même si la mesure indirectement l'arrange et lui permet de revenir sur des choix faits antérieurement. En d'autres termes, il convient de commencer par examiner si les causes avancées par la Défenderesse dans sa lettre de résiliation justifient la résiliation.

### **3. Les causes relatives à la conclusion du Contrat**

130. La première question en relation avec les deux premiers griefs est de savoir si le Contrat a été valablement conclu, s'il était d'emblée frappé de nullité parce que les circonstances dans lesquelles il a été passé étaient contraires aux règles de la bonne foi, ou s'il pouvait être annulé en raison d'un vice du consentement, savoir d'un dol ou d'une erreur. La réponse dépend au premier chef des règles qui lui sont applicables, en l'espèce le droit civil égyptien.

Or, on l'a vu (cf. ci-dessus n° 44 ss), ces questions ont déjà été examinées et jugées dans la procédure arbitrale CRCICA ouverte par la Demanderesse en application de la clause arbitrale que contenait le Contrat. Dans sa sentence du 7 mars 2006, le Tribunal arbitral CRCICA a jugé en particulier que les preuves d'un faux et d'une fraude n'avaient pas été rapportées, qu'il était établi en revanche que la Défenderesse avait conclu le Contrat sous l'empire d'une erreur et qu'elle avait dès lors été en droit de s'en libérer ; toutefois, la responsabilité de cette erreur lui incombant en partie, il était juste de lui faire supporter une partie des frais qu'avait engagés la Demanderesse.

Dès lors que celle-ci a renoncé à remettre en cause cette décision, le Tribunal arbitral aurait pu se borner à se fonder sur cette décision. Toutefois, on l'a vu (cf. ci-dessus n° 59), la Défenderesse refuse de se soumettre à cette décision et d'en accepter les conclusions. Il subsiste donc à ce sujet une incertitude qui justifie que le Tribunal arbitral vérifie, à titre incident par rapport aux garanties de l'Accord, que, même si cette sentence devait être annulée, le Tribunal arbitral n'arriverait pas à des conclusions différentes de celles auxquelles est arrivé le Tribunal arbitral CRCICA. Si l'on devait en effet admettre que l'annulation du Contrat était suffisamment fondée, il n'y a plus matière à protection.

131. Le premier motif invoqué par la Défenderesse pour se libérer du Contrat consistait dans le fait qu'elle aurait été induite en erreur par la présentation de documents inexacts en relation avec la surface financière de la Demanderesse.
132. a) *Dans les documents de l'appel d'offres* (ci-dessus n° 4), la Défenderesse avait clairement indiqué l'importance qu'elle attachait à la capacité financière de la société qui serait choisie, puisque celle-ci devrait supporter, selon le système d'un contrat B.O.T., l'intégralité des coûts de construction (Pièce R-2, p. 46, point 2 : « *Investor must bear all the costs of studies, design, construction and preparations of all the constituent to operation, services, security requirements and others under the supervision of the Authority* »). C'est pourquoi chaque participant devait clarifier dans son offre la forme légale de la société qui serait chargée d'exécuter le Contrat, et en particulier « *its own and its company's financial capability and the sources of financing* » (Pièce R-2, p. 48, item 11). C'est à cette fin qu'il était spécialement exigé que soient intégrés des documents indiquant la « *qualitative of finance and the issued capital* » (Pièce R-2, p. 48, point 15; souligné par le Tribunal arbitral).

L'exigence se comprend aisément puisque l'on ne se trouve pas en présence d'un simple contrat de construction, financé par le maître de l'ouvrage, mais d'un contrat B.O.T. dans lequel c'est le cocontractant qui prend en charge dans un premier temps l'intégralité du financement.

133. b) *Dans son offre*, la Demanderesse a soumis ses « *Memorandum of Association* » d'où il ressort qu'elle disposait d'un capital de 1000 livres sterling divisé en 1.000 actions d'une livre sterling chacune (cf. ci-dessus n° 7 ; Pièce R-2, p. 23 n° 5 : « *The Company's share capital is £ 1000 divided into 1000 shares of £ 1 each* »). Il est vrai que Malicorp a décidé le 15 septembre 1999 de porter son capital à 100 millions de livres sterling, mais il ne s'agissait pas de capital souscrit, mais bien de capital autorisé (ci-dessus n° 6). La différence est de taille, puisque, dans le premier cas, il existe des actionnaires ayant pris l'engagement ferme de le verser, alors que, dans le second, il ne s'agit que d'une compétence laissée aux organes de la société de choisir le moment auquel ils chercheront des actionnaires disposés à s'engager.

L'offre comprenait apparemment des accords passés avec trois sociétés qui se déclaraient en principe intéressées à se joindre au projet, mais aucune d'elles ne déclarait clairement accepter de prendre en charge tout ou partie du financement (Pièce R-2, p. 49 ss). Ce qui ressort en revanche des affirmations faites par la Demanderesse, c'est que le coût de la construction était estimé à 232 millions de dollars selon J&P.

En clair, cela signifie que Malicorp devait être à même de financer elle-même ou de trouver des financements au minimum pour un tel montant ; celui-ci ne concerne d'ailleurs que la construction, et non les premières années de l'exploitation dont il est malaisé de penser qu'elle aurait été immédiatement bénéficiaire. Or, à la lumière des éléments de preuve au dossier, aucun des membres fondateurs de Malicorp ne pouvait rassembler des sommes de cette importance, ni par ses moyens propres, ni par des partenaires acceptant de prendre un risque de cet ordre.

134. c) A une date non établie, les représentants de Malicorp ont été *convoqués à une rencontre* avec les représentants de la Défenderesse (ci-dessus n° 8). Selon la convocation (Pièce R-2, p. 82), l'objectif était de répondre à certaines questions et d'apporter certaines clarifications. La première (cf. n° 1) concernait précisément les détails du capital souscrit et libéré (« *the details of the capital (issued and licensed)* »). On le voit, il n'est pas question du seul capital autorisé, mais bien aussi de capital souscrit et libéré.

La réunion eut lieu le 3 janvier 2000 (cf. ci-dessus n° 8). Y ont participé du côté de la Demanderesse : MM. El Sayed Mohamed Abu El Ela, Mahmoud Shakir Ibrahim, Azmi Mohamed El Teraee et Kateen Beshara. Un procès-verbal a été établi qui indique que M. Mahmoud Shakir Ibrahim a commencé par remettre une autorisation établie par Malicorp pour répondre aux questions durant cette réunion. Cette autorisation « *assignment* » a été annexée aux minutes du comité. A la question concernant le capital de Malicorp, le procès-verbal atteste ce qui suit :

« *Upon their question [celle des représentants de la Défenderesse] concerning the first point details of the capital he responded by the following 'The Original Company with which the contracting shall be concluded and which submitted the offer is the British Company **Malicorp Ltd**, a company established under the British law and its residence is in London with its capital of one hundred million Sterling pounds according to the attached commercial register which was reviewed by the Committee's members* ».

L'affirmation aurait été correcte si elle avait précisé qu'il s'agit non de capital souscrit et libéré, comme cela était indiqué dans la question, mais de capital autorisé, lequel à l'évidence n'a aucune signification tant que les sources de financement de ce capital ne sont pas indiquées. Compte tenu de son importance déterminante, il eût été conforme aux règles de la bonne foi et à l'attente raisonnable du cocontractant que les représentants de Malicorp le précisent. On peut admettre en effet que, dans les relations d'affaires, la mention d'un « *capital* » vise au moins un capital souscrit, si ce n'est libéré, et non un simple capital autorisé qui n'est qu'une mesure préalable à la souscription.

135. d) Au procès-verbal de la réunion était joint une déclaration officielle relative à la société Malicorp Ltd. Il s'agirait d'un extrait établi le 15 septembre 1999 par le « *Register of companies for England and Wales* », qui certifie que la société a été incorporée le 6 août 1997 (Pièce R-2, p. 90 ss). Le chiffre 5 du document précise ceci : « *The Company's share capital is £ 100 million divided into one million shares of £ 100 each* » (Pièce R-2, p. 94). Le texte ne précise nullement de quel type de capital il s'agit.

C'est ce document qui est au centre de la plupart des procédures et des controverses qui ont eu lieu :

- La Cour d'Assises du Caire a estimé, sur la base notamment des interrogatoires qui avaient précédé les audiences, qu'il s'agissait effectivement d'un faux. Elle a néanmoins fini par acquitter la plupart des inculpés de ce chef, à l'exclusion des deux personnes jugées par défaut et à l'encontre desquelles le jugement ne paraît pas définitif.
- Le Tribunal arbitral CRCICA a laissé indécise la question de savoir s'il s'est agi ou non d'un faux ; il a jugé suffisant de constater que la Défenderesse avait été amenée à conclure le Contrat sous l'empire d'une erreur essentielle puisque les conséquences civiles d'une déclaration inexacte et frauduleuse en vertu du Code civil égyptien sont les mêmes que celles découlant d'une erreur.
- Les débats devant le présent Tribunal arbitral n'ont pas permis d'aboutir à une conclusion claire, d'autant moins que le document incriminé n'a pas pu être produit par la Défenderesse en original, mais uniquement en photocopie à partir d'une télécopie. Même s'il existe de sérieux indices, ils ne sont pas suffisants pour aboutir à une claire conclusion d'une importance aussi capitale.

136. Il n'est ni dans l'intention, ni dans la mission du présent Tribunal arbitral d'instruire en détail la question de l'authenticité du document incriminé. Il suffit de constater que la nature et le contenu des informations communiquées à la Défenderesse par les représentants de Malicorp étaient de nature à générer une erreur essentielle ; pour un projet aussi pharaonique que celui de l'aéroport de Ras Sudr, la question de savoir si la société à laquelle le projet est adjugé est une coquille vide ou une société disposant de moyens exceptionnels est évidemment fondamentale et toute erreur à ce sujet justifie la remise en cause du Contrat. C'est d'ailleurs, on l'a vu (ci-dessus n° 58), la conclusion à laquelle est arrivé le Tribunal arbitral CRCICA.

137. Dans ces conditions, le présent Tribunal arbitral conclut que le motif principal avancé par la Défenderesse dans sa lettre d'annulation du Contrat avait un fondement suffisant et autorisait la Défenderesse à se départir du Contrat. Il en découle que l'annulation du Contrat ne peut être considérée comme une forme d'expropriation en droit international.

La même lettre fait en plus allusion à d'autres circonstances ayant entouré la conclusion du Contrat, notamment en relation avec la composition de la société. Sans vouloir ni devoir entrer dans une discussion de détail, le Tribunal arbitral relève qu'en effet toute la construction juridique, financière, voire technique laisse un sentiment d'insécurité et d'imprécision, incompatible avec l'importance du projet en jeu. Il suffit à cet égard de relever l'existence et le contenu de la lettre adressée par M. El Ala (Pièce R-2, p. 336 ss) ; quelle que soit la véracité des accusations qu'elle contient, elle dénote en elle-même un climat délétère entre les personnes qui allaient porter la responsabilité du projet. Cela ne peut constituer qu'une circonstance aggravante.

#### **4. Les motifs liés à l'exécution du Contrat**

138. Autre est la question de savoir si, comme l'a prétendu la Défenderesse, Malicorp ne s'est pas conformée, après la conclusion du Contrat, aux obligations qu'elle avait

acceptées d'exécuter immédiatement, à savoir les mesures nécessaires à la concrétisation du projet. Même si la réponse à la question précédente pourrait en soi suffire à trancher les conclusions qui lui sont soumises, le Tribunal arbitral juge opportun de les examiner rapidement, par surcroît de droit.

139. Il apparaît en effet que, très peu de temps déjà après la conclusion du Contrat, la Défenderesse a invité formellement la Demanderesse à exécuter ses propres obligations. Il paraît douteux au Tribunal arbitral que, quelques semaines seulement après avoir conclu un contrat de cette importance, les autorités égyptiennes aient pu mettre en branle une procédure destinée à leur permettre de se libérer du Contrat pour des motifs totalement étrangers au projet. Sauf à admettre qu'il s'est produit en l'espace de quelques semaines un revirement fondamental de la politique sécuritaire ; rien dans la procédure n'a permis d'étayer cette thèse. Les notifications se sont par la suite multipliées (cf. ci-dessus n° 18, 20, 22).
140. La première obligation concernait la constitution de la société égyptienne. Il est incontesté que cette constitution n'est pas intervenue dans les délais. Une première raison tient au fait que la Demanderesse a tardé à prendre les mesures nécessaires à sa constitution. On peut admettre que, pour la Défenderesse, cette constitution était centrale. D'abord, parce que le Contrat avait été aussi conclu au nom de cette société à former (ci-dessus n° 15) ; ensuite et surtout parce qu'elle devait présenter une surface financière suffisante pour garantir le sérieux et la fiabilité de l'opération. Le capital a été souscrit par Malicorp, qui n'avait pourtant pas encore matériellement augmenté son capital. Il est possible que la demande ait été par la suite retardée par les atermoiements de la Défenderesse, mais cette situation, si elle est avérée, n'est intervenue que tardivement dans le processus de résiliation, alors que le projet vacillait déjà.

La Demanderesse a reproché à la Défenderesse de n'avoir de son côté pas mis à disposition le terrain supplémentaire promis dans le Contrat pour son propre usage. Le reproche est exact, mais sans relation directe avec la violation de l'obligation de constituer la société, à moins de penser, comme cela a été évoqué, que ce terrain aurait pu servir de garantie aux concepteurs pour obtenir les crédits dont ils ne disposaient pas.

141. Le second reproche indiqué dans la lettre d'annulation a trait à l'exécution du Contrat. Sans doute, le Tribunal arbitral a-t-il décidé que la question des dommages et donc indirectement des investissements perdus ferait l'objet d'une seconde phase, pour le cas où il trancherait d'abord en faveur de la Demanderesse. Il n'empêche qu'à aucun moment, celle-ci n'a tenté de convaincre le Tribunal arbitral qu'elle avait effectivement d'emblée et sérieusement entrepris les démarches juridiques, financières et surtout techniques que requerrait le lancement d'un tel projet. Les retards mis à prendre les premières mesures et l'absence de concrétisation réelle, surtout en rapport avec les partenaires potentiels pouvaient renforcer les doutes et les inquiétudes des autorités égyptiennes. A aucun moment en effet, la Demanderesse n'a tenté de démontrer que ce dernier reproche était infondé. Cette situation pouvait s'expliquer par les difficultés internes et les dissensions apparues au sein du groupe des promoteurs, comme le démontre notamment la lettre de M. El Ala. En bref, le projet n'était pas parti ou, s'il l'était, il était mal parti.

Le Tribunal arbitral ne peut de son côté rester insensible à ce reproche. S'il est vrai, comme il l'a admis (cf. ci-dessus n° 114), que la seule conclusion d'un contrat du type de celui qui a été passé peut en soi constituer un investissement, encore faut-il qu'il existe des chances sérieuses que celui qui est le bénéficiaire puisse l'exécuter. Les conditions dans lesquelles l'exécution de ce Contrat a été entamée permettent d'émettre de sérieux doutes.

142. Il en découle que, pour le Tribunal arbitral, les reproches adressés par la Défenderesse dans sa lettre d'annulation en relation avec l'exécution du Contrat paraissent suffisamment plausibles pour écarter le reproche de n'y voir qu'un prétexte destiné à masquer une pure mesure d'expropriation.

## **5. Seconde conclusion**

143. Il découle des développements qui précèdent que, pour le Tribunal arbitral, les motifs sur lesquels s'est fondée la Défenderesse pour mettre fin au Contrat paraissent sérieux et suffisants ; justifiée en fait et en droit, la résiliation ne pouvait être interprétée comme une mesure d'expropriation.

Par conséquent, le Tribunal arbitral décidera que

**(2) *Les conclusions de la Demanderesse tendant au principe d'une indemnisation pour expropriation sont rejetées.***

Cette conclusion appelle un complément : Le Tribunal arbitral CRCICA a jugé (ci-dessus n° 58) que, même si elle était en droit de se libérer du Contrat, la Défenderesse devait prendre en charge une partie des frais et dommages que cette décision génère pour la Demanderesse. Ce faisant, il a admis que les représentants de la République Arabe d'Egypte se sont bien trouvés dans l'erreur mais qu'ils portaient aussi une part de responsabilité, dans la mesure où ils ne se seraient pas suffisamment informés de la situation. Même si l'argument ne paraît pas déraisonnable, la question est étrangère à la présente procédure dès lors que la Demanderesse n'a pas formellement pris de conclusions complémentaires à ce sujet.

## **D. LA FIXATION ET L'ALLOCATION DES FRAIS ET DEPENS DE L'ARBITRAGE**

### **1. Les conclusions des Parties**

144. Chacune des Parties a conclu à ce que l'autre soit condamnée à prendre en charge la totalité des frais de l'arbitrage et à lui rembourser les sommes engagées pour la défense de ses intérêts dans cette affaire.

145. Invitées par le Tribunal arbitral à soumettre leurs listes de frais (ci-dessus n° 88),

- la Demanderesse a conclu au paiement d'un montant total de 239.734,14 euro ;
- la Défenderesse a conclu au paiement d'un montant de 489.773,60 dollars.

Il appartient au Tribunal arbitral de se prononcer, de manière définitive puisque la demande est rejetée.

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

146. *Le principe* est que le Tribunal arbitral dispose à cet égard d'une grande liberté d'appréciation.
147. *Le résultat de la procédure* est sans doute le premier élément que le Tribunal arbitral peut et doit prendre en considération. En l'espèce, l'issue est partagée, puisque la Défenderesse est déboutée sur son exception d'incompétence, mais que la Demanderesse est déboutée sur le problème du fond. Il existe dès lors de bonnes raisons pour conclure à un partage des frais et honoraires.
148. *La solution de fond* paraît conforter cette solution, au vu des éléments de faits. Certes, l'attitude de la Demanderesse dans la manière de présenter, puis de lancer le projet pèse d'un point particulier sur l'issue de la procédure. Néanmoins, rejoignant sur ce point l'appréciation du Tribunal arbitral CRCICA, le présent Tribunal arbitral considère que la Défenderesse n'est pas non plus à l'abri de tout reproche, dans la phase liée à la conclusion du Contrat.

## **3. Troisième et quatrième conclusions**

Au vu des développements qui précèdent, le Tribunal décidera que

- (3) *Chaque Partie supportera la moitié des frais de la procédure arbitrale, y compris les frais et honoraires des membres du Tribunal ainsi que les frais du CIRDI, tels qu'ils seront déterminés et notifiés aux Parties ultérieurement par le Centre ;*
- (4) *Chaque Partie supportera ses propres frais et honoraires de conseils et de représentation engagés dans la présente procédure.*

### III. DISPOSITIF

Par ces motifs, il est décidé que :

1. *Le Tribunal arbitral est compétent pour se prononcer sur les prétentions de la Demanderesse ;*
2. *Les conclusions de la Demanderesse tendant au principe d'une indemnisation pour expropriation sont rejetées ;*
3. *Les frais d'arbitrage, y compris les frais et honoraires des membres du Tribunal ainsi que les frais du CIRDI, tels qu'ils seront déterminés et notifiés aux Parties ultérieurement par le Centre, seront supportés à part égale par l'une et l'autre Partie ;*
4. *Chaque Partie supportera ses propres frais et honoraires de conseils et de représentation engagés dans la présente procédure;*
5. *Toutes les autres conclusions prises par les Parties sont rejetées.*

  
Jan. 31, 2011  
Professeur Luiz Olavo Baptista

  
Jan. 26, 2011  
Me Pierre-Yves Tschanz

  
Professeur Pierre Tercier 25 jan. 2011