



School of International Arbitration

School of International Arbitration, Queen Mary, University of London

# International Arbitration Case Law

*Academic Directors: Ignacio Torterola  
Loukas Mistelis\**

**MALICORP LIMITED**

**C/**

**REPUBLIQUE ARABE D'EGYPTE**

**(CIRDI, CAS NO. ARB/08/18)**

**SENTENCE**

Commentaire par Florencia Delia Lebensohn<sup>1</sup>

Edité par Prof. Srilal Perera<sup>2</sup>

Traduit en français par Christine Momal<sup>3</sup>

Sentence rendue lors d'une procédure arbitrale par un tribunal constitué selon le traité bilatéral d'investissement entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République arabe d'Egypte signé le 11 juin 1975 et la convention CIRDI ainsi que les règles d'arbitrage.

**Tribunal:** Prof. Pierre Tercier (Président), Prof: Luiz O. Baptista et Maître Pierre-Yves Tschanz.

**Conseils de la Demanderesse:** Maître Christian Bremond, Maître Sylvie Morel, Maître Yassin Tagelding Yassin, Maître Jen-Pierre Coutard, BREMOND, VAISSE, RAMBERT & ASSOCIES.

**Conseils de la Défenderesse:** Maître Thomas H: Webster, Maître Asser Harb et H.E. Sedky Kholousky et M. Ahmed Saad, Egyptian State Lawsuits Authority.

<sup>1</sup> Florencia Delia Lebensohn suit actuellement un L.L.M. à New York University School of Law.

<sup>2</sup> Le Professeur Srilal Perera enseigne le droit international public à American University Washington College of Law.

<sup>3</sup> Christine Momal suit le Master 2 Arbitrage et Commerce international à l'Université de Versailles et est diplômée de l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne et de l'Université Complutense de Madrid.

## INDEX DES QUESTIONS DISCUTEES

1. Résumé des faits.....	3
2. Questions de droit.....	4
(a) La compétence du Tribunal arbitral (§§ 99-105).....	4
(b) Définition de l'investissement (§§ 106-114).....	5
(c) La violation du principe de bonne foi (§§ 115-119).....	6
3. Décision.....	6
(a) Le Tribunal est compétent pour juger les prétentions de la Demanderesse (§§ 121-142).....	6
(b) La fixation et l'allocation des frais et dépens de l'arbitrage.....	7

## **Résumé**

### **1. Résumé des faits**

Cette décision a été rendue lors d'un litige opposant Malicorp Limited ("Malicorp" ou "La Demanderesse"), une société dont le siège est au Royaume-Uni et la République arabe d'Égypte ("la République", Égypte ou la Défenderesse) portant sur la violation d'un traité bilatéral d'investissement entre le Royaume-Uni et l'Égypte (TBI). Le litige est survenu du fait d'une prétendue résiliation arbitraire d'un contrat de concession décrit ci-après.

En 1999, la Direction Générale de l'Aviation Civile Égyptienne 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 « BOT »). Dans les semaines qui ont suivi, Malicorp allègue avoir pris plusieurs mesures lui permettant de répondre à cette offre. Elle a changé ses statuts en augmentant son capital social à 100 millions de livres sterling et elle a soumis une offre assortie d'une garantie à première demande s'élevant à un million de livres égyptiennes. En 2000, la Défenderesse a informé Malicorp par lettre que son offre avait été retenue comme étant la meilleure.

Un mois plus tard, 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. En novembre 2000, Malicorp et la République 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. Le Contrat prévoyait que le Concessionnaire constituerait une société par actions de droit égyptien et que les documents d'enregistrement devraient être mis à disposition de la République au plus tard 90 jours après la signature du Contrat. En décembre 2000, la Défenderesse aurait fait parvenir à Malicorp une première notification concernant la non-exécution du Contrat, en particulier l'obligation de constituer une garantie bancaire. Une autre notification aurait été envoyée en janvier 2001 pour manquement aux obligations contractuelles de créer une société égyptienne et de fournir une garantie bancaire. En février 2001, le délai de 90 jours accordé à Malicorp pour créer la société égyptienne a expiré. Plusieurs désaccords sur la création de l'entreprise ont suivi. En août 2001, la Défenderesse a notifié à Malicorp la résiliation du Contrat. 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. Cela étant, une telle résiliation donnerait droit à la réparation du dommage causé par le traitement inéquitable et l'expropriation de son investissement sous le TBI. À l'inverse, la Défenderesse répond que le CIRDI n'a pas compétence pour connaître de la dispute et que 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.

Mise à part la procédure CIRDI, il est important de noter que la Demanderesse a engagé une procédure d'arbitrage auprès du « Centre régional pour l'arbitrage commercial international du Caire » (ci-après « CRCICA »). Dans cette procédure, le Tribunal arbitral a rendu une sentence arbitrale considérant que (i) la convention d'arbitrage du Contrat liait l'Égypte ; (ii) la République a été victime d'une erreur essentielle en signant le contrat ; et (iii) la Défenderesse devait rembourser à Malicorp les frais, les factures et les salaires de ses employés. La Défenderesse a demandé l'annulation de la sentence arbitrale CRCICA tandis que la Demanderesse a commencé la procédure d'exécution en France. En parallèle, il y a aussi eu une procédure pénale initiée contre des personnes liées à Malicorp.

## 2. Questions de droit

### *(a) La compétence du Tribunal arbitral (§§ 99-105)*

Le Tribunal arbitral a estimé que sa compétence, selon la disposition pertinente du TBI et l'article 25 de la convention CIRDI, était subordonnée à un certain nombre de conditions : (i) le consentement de l'autre Etat contractant, (ii) le consentement de l'investisseur, (iii) la nationalité de l'investisseur, (iv) un différend d'ordre juridique, (v) relatif à un investissement, (vi) sur le territoire de l'autre Etat contractant, et (vii) une violation alléguée du Traité.

Le Tribunal a indiqué que deux questions devaient être envisagées en particulier dans la présente procédure.

- a) Si le Tribunal a compétence pour se prononcer sur une action purement contractuelle n'ouvrant pas forcément la voie à la protection spéciale découlant du TBI.

Le Tribunal a déterminé que le Contrat est un pur contrat de droit privé qui contient une clause d'arbitrage. C'est sur cette base que la Demanderesse a fait l'action devant le CRCICA. Les prétentions dans les deux procédures sont les mêmes et même les Conseils de la Demanderesse ont déclaré que les montants que celle-ci pourrait percevoir à la suite de la sentence du Tribunal arbitral du CRCICA seraient déduits de ceux auxquels elle aspire dans la présente procédure.

- b) Si la décision rendue par le Tribunal arbitral CRCICA ne fait pas obstacle à la continuation de la présente procédure selon le principe *res judicata*.

Selon le Tribunal, la procédure d'arbitrage commercial s'est achevée par la sentence rendue par le Tribunal arbitral du CRCICA qui a été considérée comme finale par la Demanderesse puisqu'elle a obtenu partiellement gain de cause, qu'elle n'a pas recouru contre cette sentence et qu'elle a entrepris les démarches nécessaires afin de la faire exécuter dans au moins un pays. A cet égard, le Tribunal a soutenu que l'autorité de chose jugée interdit à une partie de réintroduire une action en tous points similaires lorsqu'une décision a déjà été rendue par une autre juridiction compétente entre les mêmes parties, concernant les mêmes prétentions et sur les mêmes fondements factuels et légaux.

De plus, le Tribunal a décidé que les traités d'investissement ne couvriraient pas nécessairement que 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. En ce sens le Tribunal a déclaré que « 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. »<sup>4</sup> A cet égard, il a été dit que 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 satisfaction par cette voie. Pour que la violation d'un

---

<sup>4</sup> Sentence §103.

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 pourrait être jugée dans la procédure prévue dans le contrat.

Cependant, le Tribunal a estimé qu'en prévoyant une clause parapluie dans le TBI avant que la dispute ne naisse, les parties au TBI peuvent convenir que toutes les contestations qu'un investisseur peut faire valoir contre l'Etat-hôte pourraient être soumises au Tribunal. Les parties ne peuvent pas tenter dans un premier temps la voie contractuelle pour recourir ensuite à la voie spéciale si elles ne sont pas satisfaites du résultat obtenu, ce qui semble être le cas en l'espèce. Par conséquent, « en vertu du principe qui interdit à une partie de se contredire, et en vertu de l'autorité de 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. »<sup>5</sup> Cette conclusion aurait pu être différente si l'investisseur poursuivait l'Etat-hôte pour des motifs autres que la violation du contrat, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce.

Le Tribunal a reconnu que même si cette question avait donné lieu à un litige en l'espèce, il n'était pas nécessaire d'entrer dans l'analyse car la Défenderesse n'a pas soulevé d'objection. Le Tribunal a conclu que les seules questions à examiner concernaient la notion de différend relatif à un investissement et surtout l'objection tirée de la violation des règles de la bonne foi.

*(b) Définition de l'investissement (§§ 106-114)*

Selon l'opinion du Tribunal, la notion d'investissement doit être comprise selon les objectifs décrits dans le TBI et dans la convention CIRDI. Le TBI a cherché à promouvoir les investissements en créant des conditions pour encourager les investisseurs étrangers à financer et fournir des services dans l'Etat-hôte et à protéger les fruits de ces financements et services. Il faut qu'il y ait des contributions économiques actives lesquelles aient produit des biens que les conventions ont pour but de protéger. En revanche, la convention CIRDI ne définit pas le terme « investissement » afin de laisser aux tribunaux la liberté de déterminer si un investissement a été fait.

En ce qui concerne la notion d'investissement, en l'espèce, on retrouve les deux aspects : le contrat a pu produire des retours considérables pour la Demanderesse, et la Défenderesse a résilié de manière anticipée le contrat. Même si les relations entre les parties au contrat ont pris fin sans que la Demanderesse n'ait fait de contributions substantielles, selon l'avis du Tribunal, il n'y a rien qui empêche que la conclusion d'un engagement durable et contractuel d'une partie à exécuter par la suite des prestations soit considéré comme une prestation. Dans ce sens « l'expropriation porte sur les attentes 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 ». <sup>6</sup> Sous cet angle, les conditions pour qu'un investissement existe sont remplies, puisque la Demanderesse prétend qu'elle a été privée de la concession qui lui avait été attribuée en vertu de la loi ou d'un contrat.

---

<sup>5</sup> Sentence § 103.

<sup>6</sup> Sentence § 111.

Par conséquent, le Tribunal a soutenu que l'engagement de Malicorp impliquait pour l'avenir l'obligation de faire des contributions importantes ce qui représente l'investissement et, la protection s'étend 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.

*(c) La violation du principe de bonne foi (§§ 115-119)*

Le Tribunal a dû déterminer s'il avait compétence dans le cas où la protection invoquée par l'investisseur était contraire à la notion de bonne foi, puisque selon la Défenderesse, le Contrat a été conclu sur la base d'un faux.

Le Tribunal a soutenu que la protection de la bonne foi est un des principes fondamentaux du droit international et du droit des investissements, qui remplit une fonction complémentaire : il permet de combler les lacunes de la législation applicable ou de clarifier les obscurités de la loi. Selon le Tribunal, cette fonction complémentaire peut intervenir quand la protection est requise dans des conditions qui sont contraires aux règles de bonne foi ou quand la protection est demandée pour un investissement dont il est prétendu qu'il a été fait en violation de ce principe.

Le Tribunal a rappelé que ces questions avaient été analysées historiquement selon deux voies : certains ont examiné la question sous l'angle de la compétence et d'autres sous l'angle du fond. Il a reconnu les conséquences pratiques et théoriques du fait d'adopter une voie ou une autre.

En l'espèce, le Tribunal a reconnu qu'il y avait des arguments pour analyser la question de la validité de l'investissement au stade de l'examen sur le fond car le principe d'autonomie de la clause d'arbitrage permet au tribunal de décider le cas sur le fond même si le contrat principal a été conclu par dol ou par corruption car ces défauts n'affectent pas le consentement à l'arbitrage.

Cependant, le Tribunal a considéré que, puisqu'en l'espèce les parties ne sont pas d'accord sur le point de savoir si le contrat a été obtenu par une fraude, un faux ou une erreur et que les faits étaient entremêlés, il était préférable de traiter ces questions simultanément et de ne pas diviser la décision sur deux parties : sur la compétence et sur le fond.

### **3. La décision**

*(a) Le tribunal est compétent pour juger les prétentions de la Demanderesse (§§ 121-142)*

La Demanderesse se dit victime d'une violation des dispositions du TBI sur le traitement juste et équitable (Article 2 du TBI) et sur la protection contre l'expropriation en déclarant que la Défenderesse aurait pris des mesures équivalentes à une expropriation quand elle a résilié unilatéralement le contrat sans indemnisation (article 5 du TBI) et pour des motifs liés selon elle à la sécurité publique. La Demanderesse soutient que ces deux articles n'ont pas été respectés de manière concurrente. A l'inverse, la Défenderesse a considéré qu'elle était en droit d'annuler le Contrat, raison pour laquelle il n'y aurait ni violation de ses obligations selon le TBI ni mesure d'expropriation.

Le Tribunal a déclaré que pour que la Demanderesse puisse faire jouer les deux dispositions, elle devait établir qu'elle avait fait l'objet d'une mesure différente d'une expropriation. Dans ce cas, le Tribunal a conclu que cette condition n'était pas remplie car la Demanderesse a basé toutes ses demandes sur la résiliation du contrat sans expliquer pourquoi elle était aussi victime d'un traitement non juste ou non équitable.

Le Tribunal a ensuite procédé à analyser si la Défenderesse avait le droit de résilier le Contrat selon le droit civil égyptien (puisque'il s'agissait de la loi applicable au Contrat) et a trouvé que la question de savoir si la société étaient une coquille vide ou une société qui avait assez de ressources comme l'avait prétendu la Demanderesse était fondamentale et toute erreur à ce sujet justifiait la remise en cause du Contrat. Le Tribunal a conclu que le motif principal avancé par la Défenderesse dans la lettre d'annulation du Contrat (que la conclusion du contrat était due à une fausse déclaration par la présentation de documents inexacts sur la capacité financière de la Demanderesse) 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.

Même si la réponse à cette question suffisait au Tribunal pour trancher les conclusions qui lui ont été soumises, le Tribunal arbitral a jugé opportun d'analyser la question de savoir si Malicorp ne s'est pas conformé, après la conclusion du Contrat, aux obligations qu'elle avait acceptées d'exécuter. Le Tribunal a déclaré que même si la simple conclusion du Contrat dans ce cas était soumise à controverse, il y avait des raisons qui justifiaient pour la Défenderesse la résiliation du contrat. Par conséquent, la résiliation étant justifiée, il n'y a pas eu expropriation et le Tribunal a rejeté les prétentions de la Demanderesse concernant une indemnisation basée sur l'expropriation de ses droits contractuels.

*(b) La fixation et l'allocation des frais et dépens de l'arbitrage*

Le Tribunal a déclaré, selon sa liberté d'appréciation et en prenant en compte le fait que les moyens invoqués par la Défenderesse sur l'exception d'incompétence ont été rejetés, et que la Demanderesse a été déboutée sur le problème du fond que (i) 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 et (ii) chaque partie supportera ses propres frais et honoraires de conseils et de représentation engagés dans la présente procédure.