

Centre International pour le Règlement des Différends
Relatifs aux Investissements

Affaire ARB/82/1

Société Ouest Africaine Des Bétons Industriels
contre
La République du Sénégal

Opinion Dissidente
de
Monsieur Kéba Mbaye
Arbitre

TABLE DES MATIERES

	<i>Page</i>
OPINION DISSIDENTE	235
A. QUESTIONS PREALABLES.....	241
1. Validité de la Convention d'établissement du 3 novembre 1975	241
2. Validité des Conventions des 24 juillet et 17 septembre 1975	245
3. Critique de certains motifs de la décision du 1er août 1984.....	245
B. LA COMPETENCE.....	251
I. Le Tribunal n'a pas correctement appliqué l'article 25 de la Convention	251
1. Les dispositions de l'article 25, paragraphe 1, de la Convention.....	251
2. Qualification du moyen présenté par le Gouvernement et relatif à l'incompétence du CIRDI.....	252
3. Dénaturation par le Tribunal de la claire volonté des Parties	254
4. Examen de certains arguments qui militent pour l'absence de convention d'arbitrage régissant le présent différend	264

a) L'avenant SOABI.....	264
b) Le montant des investissements	267
c) Le nombre d'emplois	267
d) Les parts gratuites prévues en faveur de la République du Sénégal.....	268
II. Les circonstances de la présente affaire ne permettaient pas au Tribunal de se déclarer compétent.....	269
1. Relation des faits.....	269
2. Interprétation de la Convention du 3 novembre 1975.....	273
C. LA RESPONSABILITE.....	277
D. LES HONORAIRES D'ARCHITECTES	281
E. FRAIS GENERAUX.....	283
1. L'objection du Gouvernement relative aux entretiens entre l'expert et la SOABI.....	283
2. Sur le fait que le Tribunal n'ait pas entendu l'expert.....	284
3. Sur le montant des dommages et intérêts	285
a) La période considérée	285
b) Le Tribunal a alloué à la SOABI au titre de frais généraux et immobilisations des dommages et intérêts supérieurs à la demande de la SOABI telle qu'elle a été formulée	286
c) Certaines obscurités du rapport	287
d) Le problème des intérêts	287

CONCLUSION

Affaire ARB/82/1

Société Ouest Africaine des Bétons Industriels
contre
La République du SénégalOpinion Dissidente
de
Monsieur Kéba Mbaye
Arbitre

OPINION DISSIDENTE

1. L'opinion que je joins à la sentence ci-dessus reproduite se justifie par la divergence, sur des points fondamentaux, qui me sépare des deux autres membres du Tribunal.
2. Je regrette de ne pouvoir me rallier aux vues de mes collègues et, surtout, je déplore que la division du Tribunal, faisant coïncider les nationalités ou l'appartenance géographique des juges avec les intérêts des Parties, puisse faire penser, à tort, à la manifestation de deux sensibilités différentes sur des problèmes mettant en évidence les rapports conflictuels entre pays en développement et investisseurs étrangers, si tant est que la SOABI en l'espèce puisse être considérée comme un "investisseur", dans la mesure où ce terme désignerait un entrepreneur qui "engage son propre capital (ou son crédit s'il doit s'adresser à des financiers extérieurs)". (Voir Jean-Flavien Lalive, *Recueil des Cours* de l'Académie de droit international de la Haye, 1983, p. 175.)
3. Compte tenu des circonstances de la venue au Sénégal des créateurs de la SOABI et des stipulations des contrats qu'ils ont passés avec le gouvernement de ce pays, on peut en effet se demander si la SOABI a tenu la place d'un investisseur. Certes cela n'a normalement aucune incidence spécifiquement juridique sur le règlement du présent différend. Mais une telle question et la réponse qu'on peut lui apporter permettent de camper le décor de l'affaire afin de mieux appréhender la solution juste qu'il conviendrait de lui donner. J'ai la conviction profonde que dans une affaire comme celle-ci, et s'agissant de l'appréciation d'un contrat qui prétend s'insérer dans le programme de développement d'un pays pauvre, régler un différend ne consiste pas

seulement à trouver des solutions juridiques. Il faut aussi en l'occurrence rendre la justice. Et à ce propos, si la Convention de Washington de 1965 est notamment destinée à contribuer à rassurer les entreprises qui prennent le risque d'investir leurs capitaux dans les pays en développement et de collaborer à leurs efforts de croissance économique, alors force est de reconnaître que son économie s'accorde mal avec le cas de la SOABI.

4. A ce propos il est utile de rappeler les termes du "Rapport des Administrateurs" joint à la Convention de Washington:

"9. En soumettant la Convention ci-jointe aux Gouvernements, les Administrateurs sont mus par le désir de renforcer la collaboration des pays à la cause du développement économique. La création d'une institution destinée à faciliter le règlement des différends entre Etats et investisseurs étrangers peut constituer une étape importante vers l'établissement d'un climat de confiance mutuelle et permettre ainsi de stimuler un plus large accès du capital international aux pays qui désirent l'attirer chez eux.

10. Les Administrateurs reconnaissent que les différends relatifs aux investissements sont normalement résolus par les procédures administratives, judiciaires ou arbitrales prévues par le droit du pays où l'investissement en cause est effectué. Cependant l'expérience montre qu'il peut exister des différends que les parties elles-mêmes désirent résoudre par d'autres moyens; les accords d'investissement conclus récemment montrent que tant les Etats que les investisseurs estiment fréquemment que leur intérêt mutuel est de prévoir des modes de règlement international.

11. La présente Convention mettrait à leur disposition des modes de règlement conçus en tenant compte de la nature particulière des différends en question, ainsi que du caractère des parties auxquelles elle serait applicable. Elle établirait des mécanismes de conciliation et d'arbitrage par des personnalités indépendantes particulièrement qualifiées, selon des règles connues et acceptées à l'avance par les parties intéressées. Ces mécanismes assureraient notamment qu'un gouvernement ou un investisseur ayant donné son accord au principe de la conciliation ou de l'arbitrage sous l'égide du Centre ne pourrait plus retirer son accord unilatéralement.

12. Les Administrateurs estiment que le capital privé continuera de s'investir dans les pays offrant un climat favorable à des investissements intéressants et suffisamment sains, même si lesdits pays n'adhèrent pas à la Convention ou, bien qu'ils y aient adhéré, ne font pas usage des mécanismes du Centre. En revanche, l'adhésion d'un pays à la Convention pourrait constituer un attrait additionnel et stimuler un large apport de capitaux privés internationaux dans son territoire, ce qui correspond à l'objet principal de la Convention.

13. Bien que l'objectif général de la Convention soit d'encourager l'investissement privé international, les dispositions de la Convention sont conçues en vue de maintenir l'équilibre entre les intérêts des investisseurs et ceux des Etats hôtes. En outre, la Convention permet tant aux Etats hôtes qu'aux investisseurs d'entamer la procédure et les Administrateurs ont eu pour constante préoccupation de prévoir des dispositions qui répondent aux besoins des deux situations".

Chaque mot dans ce rapport a son importance s'agissant du décor de la présente affaire.

5. Le projet qui a motivé la sentence était un projet d'édification d'une usine de préfabrication d'éléments en béton armé et de construction de logements socio-économiques, à un moment où la situation dramatique de l'habitat inquiétait les pouvoirs publics. Écoutons le Conseil du Sénégal en faire l'historique. Cela ne manque pas d'intérêt:

"En 1975, la pénurie de logements sociaux était catastrophique dans la région du Cap Vert où se situent Dakar et sa banlieue.

L'Office des Habitations à Loyers Modérés (O.H.L.M.) et la Société Immobilière du Cap Vert (S.I.C.A.P.), alors principaux instruments pour la mise en oeuvre de la politique gouvernementale en matière d'habitat social, ne possédaient pas, à eux seuls, les moyens suffisants pour empêcher l'aggravation de la crise du logement social. Cette dernière se traduisait par un écart grandissant entre les réalisations nouvelles et les besoins d'une population urbanisée en vive croissance. De 1961 à 1976 la région du Cap Vert s'était urbanisée à un taux de 5,5%!

C'est dans ce contexte que M. Baudoux fit son apparition sur la scène sénégalaise. Renseignés par la SOABI elle-même, nous pouvons supposer que ce dernier cherchait alors à se reconstituer une fortune loin de la Belgique en échappant aux conséquences juridiques et financières des faillites prononcées par le Tribunal de Commerce de Charleroi le 30 octobre 1973 et le 24 avril 1974 à l'encontre de la société anonyme Entreprises Générales Jean Baudoux et de Jean Baudoux lui-même (voir Convention du 4 août 1978 entre les curateurs de la faillite de la société anonyme Entreprises Générales Jean Baudoux et de feu Monsieur Jean Baudoux personnellement de première part, la société anonyme Bureau d'Etudes L.M. CHAPEAUX, de seconde part, Mademoiselle Nicole Hubert, de troisième part, et la société anonyme de droit panaméen FLEXA, de quatrième part, produite par la SOABI lors des audiences du 17 et 18 juillet 1984).

Bien introduit dans les milieux politiques sénégalais, il proposa à la REPUBLIQUE DU SENEGAL de mettre à son service une technologie de pointe pour opérer une percée décisive dans le développement de l'habitat social au Sénégal. Il s'agissait de construire une usine de préfabrication d'éléments en béton armé, une innovation au Sénégal, pour ensuite édifier grâce à cette usine des logements sociaux en grande quantité et à très bon marché.

La REPUBLIQUE DU SENEGAL, soucieuse de remédier à la crise du logement social, accepta. Elle alla même jusqu'à écarter un certain nombre de procédures d'usage lors de la passation de marchés par l'Etat, souvent lentes, pour permettre un démarrage rapide du projet." (Contre-mémoire de la République du Sénégal, p. 2 et 3.)

6. L'affaire a fait l'objet d'une première décision rendue par le Tribunal et datée du 1er août 1984. Cette décision traite partiellement du déclinatoire de compétence soulevé par la République du Sénégal. (Sentence du 1er août 1984, par. 1 et suiv.) Elle relate l'introduction de l'instance. On y lit, à la première page:

"Le 5 novembre 1982, la Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (ci-après 'SOABI'), société anonyme ayant son siège social à Dakar, a fait parvenir au secrétaire général du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après 'Centre' ou 'CIRDI') à Washington, D.C., une requête d'arbitrage contre la République du Sénégal (ci-après 'le Gouvernement'), fondant son action sur une clause compromissoire contenue dans un doc-

ument intitulé 'Convention d'établissement relative à une usine de préfabrication d'éléments en béton armé' (ci-après 'Convention d'établissement'), ladite convention conclue le 3 novembre 1975 entre le Gouvernement et la SOABI, le tout en application de l'article 36 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (ci-après 'la Convention'), des articles 1, 2 et 4 du Règlement d'introduction des instances du Centre et de l'article 15(1) du Règlement administratif et financier du Centre." (Sentence du 1er août 1984, par. 1.)

7. Pour que le lecteur soit immédiatement plongé dans l'atmosphère de l'affaire, il me semble utile de décrire brièvement les différentes étapes juridiques de ce que le Ministre sénégalais de l'Urbanisme et de l'Habitat dans sa lettre du 24 juillet 1980 a appelé "l'opération SOABI" (sentence, par. 3.05).

8. En 1975 un citoyen belge du nom de Jean Baudoux, alors déclaré en faillite dans son pays (sentence du 1er août 1984, par. 40), vient à Dakar (Sénégal) soutenu par des recommandations et propose aux autorités sénégalaises, qui acceptent, de construire 15.000 logements socio-économiques en cinq ans.

9. Le 24 juillet, une convention est signée entre le Sénégal en qualité de "maître de l'ouvrage" et un "promoteur", la société NAIKIDA dont le siège social est établi à Panama. La société était représentée par M. Jean Baudoux, son "fondé de pouvoir". Dans cette convention, le promoteur s'engage à construire pour le compte du maître de l'ouvrage 15.000 logements minimum "du type économique" en cinq ans. Les prix des trois types de logements à construire sont fixés au 31 mai 1975 et sont affectés d'un système de variation. Il est indiqué qu'ils "comprennent le financement". Les constructions devaient être édifiées sur des terrains viabilisés "à désigner" par le maître de l'ouvrage. Le promoteur devait en outre créer une société de droit sénégalais qui serait propriétaire de l'usine de préfabrication des éléments devant entrer dans la construction des logements. Il s'était également engagé à obtenir en faveur de la société propriétaire de l'usine un prêt minimum de six milliards de francs CFA, ou le montant total nécessaire à la réalisation de l'opération. Le prêt devait être avalisé par le Sénégal. Il est précisé que "les modalités de remboursement devaient être précisées lors de l'élaboration de la convention définitive".

10. Le 17 septembre 1975, une nouvelle convention est signée avec le même objet entre le Sénégal, "maître de l'ouvrage" et la Société africaine des bétons industriels (SOABI) ("société en formation") représentée par M. Jean Baudoux spécialement mandaté et dont le siège social était fixé à Dakar. Les obligations de la SOABI dans cette nouvelle convention restent approximativement les mêmes. Elles sont les suivantes: construction de 15.000 logements à caractère socio-économique en cinq ans aux prix prévus dans la Convention du 24 juillet 1975; négociation du prêt minimum de 6 milliards de francs CFA (les modalités de remboursement n'étant toujours pas précisées et devant l'être "ultérieurement"). Le prêt devait être mis à la disposition du Sénégal dans les trois mois [...] notamment de l'admission au bénéfice des dispositions du Code sénégalais des investissements de la société propriétaire de l'usine. (Il convient de noter soigneusement cette formule—c'est moi qui souligne—car elle a une grande importance.) Les particularités essentielles de la nouvelle convention résident dans le fait que

l'on ne parle plus de "convention définitive" à venir, qu'il est dit que la SOABI construira l'usine de "fabrication de matériaux préfabriqués" dont elle sera propriétaire et que l'investissement (noter que ce mot apparaît pour la première fois) sera de 900 millions de francs CFA alors que dans la Convention du 24 juillet 1975 la Société NAIKIDA devait créer une société de droit sénégalais qui serait propriétaire de l'usine. (C'est moi qui souligne.)

11. Il faut relever aussi qu'il est précisé que l'exécution des obligations relatives à la réalisation de l'emprunt et la commande de l'usine sont "suspensives" et devaient "à peine de nullité" intervenir dans les six mois de la date de signature de la Convention. Cette clause a été reprise de la Convention du 24 juillet 1975.

12. Il n'est pas indiqué que la seconde Convention se substitue à la première. Mais de toute évidence, c'est de cela qu'il s'agit. Pourquoi? La réponse ne ressort pas du dossier. On peut seulement faire des suppositions. Ainsi on peut penser légitimement que les autorités sénégalaises préféreraient avoir affaire non à une société panaméenne mais à une société de droit sénégalais et qu'en attendant la formation de celle-ci, elles ont signé une convention provisoire avec NAIKIDA. (Nous verrons plus loin les conséquences que peut avoir cette supposition, s'agissant du problème de l'application de l'article 39 de la Convention de Washington sur la nationalité de l'entreprise qui contracte avec un Etat.)

13. Le 3 novembre 1975, une Convention d'établissement est signée entre le Sénégal qui n'est plus désigné comme le "maître de l'ouvrage" et la SOABI dite "la Société" et non plus "le promoteur" comme dans la Convention du 24 juillet, ou "l'entrepreneur" comme dans la Convention du 17 septembre. Pour mieux comprendre ces nouvelles appellations il faut se souvenir que dans les deux Conventions précédentes on parlait de la "Société propriétaire de l'usine" qui devait bénéficier d'une convention d'établissement. J'y reviendrai. Pour l'instant il convient de noter que le titre de cette Convention d'établissement et son "objet" sont relatifs à la construction de l'usine de préfabrication d'éléments en béton armé et rien de plus et que c'est elle et elle seule qui prévoit la clause d'arbitrage par le truchement du CIRDI invoquée par la SOABI dans la présente affaire. Une telle constatation est évidemment essentielle quant à l'interprétation de la volonté des Parties.

14. Les rapports entre le Sénégal et la SOABI n'ont jamais été tendus mais les conventions ne s'exécutent pas et le temps passe.

15. Finalement l'usine est construite par le Sénégal qui l'a payée non plus 900 millions de francs CFA mais plus de 2 milliards de francs CFA. (L'affirmation avancée par le Sénégal n'est pas contestée.)

16. Par contre, pas un seul des 15.000 logements n'a vu le jour. Et la SOABI n'a jamais proposé de financement au Sénégal. Celui-ci a d'ailleurs fini, en 1977, par dire qu'il ne donnerait pas de mandat à la Société en vue de la recherche du crédit et n'a pas fourni les terrains viabilisés sur lesquels les logements devaient être construits. En outre, il n'y a pas eu d'accord entre les Parties sur les prix des logements. En 1980 le Sénégal rompt le contrat dans les conditions qui sont précisées dans la sentence.

17. S'agissant des logements, alors que d'après les Conventions des 24 juillet et 17 septembre 1975 il semblait que le Sénégal devait les acquérir, il est apparu par la suite que les acheteurs seraient les particuliers qui devaient bénéficier d'un système de financement qui n'a jamais été définitivement arrêté et mis en place.

18. Entre-temps la Société a bénéficié de contrats sur des objets différents et indépendants de l'opération SOABI. Ils lui ont été consentis par le Sénégal. Il me paraît important de relever que, s'agissant de ces contrats, la SOABI s'est contentée de les sous-traiter et d'encaisser des bénéfices en pourcentages (sentence, par. 9.21). Si je souligne ce fait c'est parce que j'estime qu'il revêt une certaine importance notamment quant à détermination d'un éventuel préjudice qu'aurait subi la SOABI. Pour le Conseil d'Etat français l'indemnité représentative du préjudice causé à un entrepreneur dans un cas comme la présente espèce doit être évaluée en tenant compte des "compensations" que l'Administration a procurées audit entrepreneur en lui faisant exécuter des travaux distincts de son marché (CE. 23 novembre 1877, Coquelet, *Recueil*, p. 921). L'esprit d'une telle jurisprudence s'accorde avec le cas de la SOABI qui s'est créée pour l'opération des 15.000 logements, mais qui entre-temps s'est vu procurer des avantages substantiels en faisant exécuter des travaux qui lui ont été confiés par l'Administration sénégalaise. Quand l'opération SOABI a été arrêtée, la SOABI a été dissoute puisque son existence ne se justifiait que par cette opération conçue pour elle et "faite sur mesure" comme le dit le Tribunal lui-même. (Sentence; par. 6-08.) Ainsi donc pendant que l'opération se préparait, le Gouvernement du Sénégal a signé avec la SOABI les contrats visés ci-dessus qui ont procuré un profit appréciable à la société.

19. Par ailleurs il ne me semble pas futile de sculpter les contours moraux de cette affaire en remarquant que les formateurs et dirigeants de la SOABI, ont créé une société au capital "insignifiant" (voir rapport du Conseil interministériel du 25 octobre 1979, p. 4) de 3 millions de francs CFA (60.000 FF), n'ont encouru aucun risque (l'emprunt qu'ils n'ont pas réussi à trouver devait être avalisé par le Sénégal), ont fait acheter au Gouvernement pour plus de 2 milliards de francs CFA une usine primitivement évaluée par les Parties à 900 millions et qui d'ailleurs, d'après l'architecte-conseil du Gouvernement du Sénégal, ne vaut que 500 millions.

20. Cette remarque conduit à se demander s'il n'est pas temps pour les tribunaux internationaux, siégeant dans des affaires d'un type particulier, de ne plus se contenter d'appliquer froidement des formules toutes faites, mais de saisir l'occasion que leur offre leur pouvoir d'appréciation dans certains domaines pour non pas seulement dire le droit mais rendre la justice? La Convention de Washington protège fort opportunément les entrepreneurs qui apportent leurs capitaux et leur industrie pour contribuer (tout en faisant des profits, puisque c'est leur vocation) à une entreprise de développement en dans un pays du tiers-monde. Quand, profitant de relations personnelles locales, des hommes d'affaires (sans risque financier) réussissent à faire signer un contrat, ce qui souvent est l'essentiel, et en cas de différend arrivent par des artifices juridiques à mettre les torts du côté de leurs partenaires, n'est-il pas normal que les tribunaux s'emploient à décourager de tels agissements et usent à cette fin (dans le cadre de la loi) de leurs pouvoirs d'appréciation s'ils existent?

21. La société SOABI s'est formée pour "l'opération SOABI". Elle a par ailleurs gagné de l'argent en bénéficiant de missions qu'elle n'a fait que sous-traiter pour près d'un milliard de francs CFA de contrats d'après le Conseil du Gouvernement—ce qui n'est pas contredit. (Voir contre-mémoire de la République du Sénégal, p. 34.) Elle a probablement utilisé une partie de ces sommes (et ce serait naturel) pour ses frais généraux et ses immobilisations. Et voilà que grâce à la présente sentence, ces frais lui sont intégralement remboursés affectés d'intérêts compensatoires; en outre elle a obtenu 150.000.000 de francs CFA de dommages-intérêts pour manque à gagner. Une telle situation heurte le sens de la justice et ne devrait pas être encouragée. Je me devais de le souligner pour soulager ma conscience. Tant mieux si, un jour, des juges dans une autre affaire comme celle-ci entendaient ma voix. Ils contribueraient assurément au dialogue nord-sud et à la reconnaissance aux peuples des pays en difficulté économique et sociale, de leur légitime droit au développement.

22. La présente opinion portera sur la compétence (B), la responsabilité (C), les honoraires d'architectes (D) et les frais généraux (E).

23. Avant d'entamer l'exposé de ces différents points j'aurai, à titre de questions préalables (A), à traiter de problèmes qui me paraissent importants.

A. QUESTIONS PREALABLES

24. Les questions préalables que je me propose d'examiner sont au nombre de trois. Elles concernent la validité de la Convention d'établissement du 3 novembre 1975, la validité des Conventions des 24 juillet et 17 septembre 1975 et la critique de certains motifs de la décision du Tribunal du 1er août 1984.

1. Validité de la Convention d'établissement du 3 novembre 1975

25. Tout le débat dans la présente affaire repose sur la Convention d'établissement du 3 novembre 1975. Mais cette convention est-elle valable?

26. Les Parties ne se sont pas posé cette question.

27. En effet, elle n'apparaît ni dans les pièces écrites ni dans les comptes rendus des plaidoiries. Mais le Tribunal, toutefois, l'a brièvement examinée. Pour ma part, je me propose de l'aborder à cause de l'importance du problème qu'elle pose et auquel le tribunal a donné une réponse dont je souligne la pertinence mais qui cependant ne me satisfait pas entièrement (voir sentence, par. 4.52).

28. Le droit applicable à la présente affaire est le droit sénégalais en général et la loi 65/51 du 19 juillet 1965 portant Code des obligations de l'Administration en particulier.

29. Dans l'ancienne colonie du Sénégal, c'est le Code civil français qui s'appliquait en même temps que le droit administratif tel qu'il résultait de la jurisprudence française.

30. Au lendemain de son indépendance le Sénégal a entrepris la codification de son droit civil, de son droit commercial et de son droit administratif. Le principe directeur a été l'unification des règles de droit et aussi l'unification des juridictions, dans la mesure du possible. A cette occasion, le droit administratif a été codifié et son application confiée aux tribunaux de l'ordre judiciaire, les tribunaux administratifs étant supprimés. Cependant il y a un Code des obligations civiles et commerciales et un Code des obligations de l'Administration. A partir du 4 avril 1960, date de l'indépendance du Sénégal, le droit sénégalais s'est détaché du droit français, celui-ci ne pouvant servir qu'à titre d'illustration d'une opinion quand il s'agit de situations postérieures à cette date.

31. Les conventions signées entre le Sénégal et la SOABI et que met en jeu le présent différend sont des "contrats administratifs".

32. Au Sénégal,

"Les contrats conclus par les personnes morales de droit public sont soumis aux règles établies par le Code des obligations civiles et commerciales, sauf s'il s'agit de contrats administratifs." (Article premier du Code des obligations de l'Administration.)

Dans le cas des contrats administratifs, c'est le Code des obligations de l'Administration qui s'applique.

33. Cependant en cas d'absence de dispositions spéciales, les règles du Code sénégalais des obligations civiles et commerciales sont applicables aux contrats administratifs (article 4 du Code des obligations de l'Administration).

34. L'article 50 du Code des obligations de l'Administration visant les contrats administratifs fixe leurs conditions de forme en ces termes

"La forme des contrats est librement déterminée par les parties sauf lorsque la loi impose des modalités obligatoires."

35. Or, précisément, l'article 6 de la loi 72/43 du 12 juin 1972 portant Code des investissements sous l'égide de laquelle la Convention d'établissement du 3 novembre 1975 avait été passée dispose:

"l'admission au bénéfice d'un des régimes particuliers au présent titre est accordée par décret".

36. Le titre visé par l'article 6 comprend un chapitre III consacré aux entreprises conventionnées. Le cas de la SOABI dans la présente affaire est bien celui visé par la disposition ci-dessus.

La sanction est prévue par l'article 51 du Code des obligations de l'Administration aux termes duquel:

"Le contrat conclu en violation des règles de forme imposées par la loi est nul, de nullité absolue."

37. Le Code des obligations de l'Administration ne comportant pas des règles relatives aux nullités, il faut, pour connaître l'attitude à avoir à cet égard, se reporter au Code des obligations civiles et commerciales en application des prescriptions de l'article 4 du Code des obligations de l'Administration. Le Code des obligations civiles et commerciales prévoit un traitement différent selon qu'il s'agit de nullités relatives ou de nullités absolues. S'agissant de ces dernières, il précise en son article 85, alinéa 2, que:

"la nullité absolue peut être invoquée par tout intéressé et en outre par le ministère public, ou soulevée d'office par le juge". (C'est moi qui souligne.)

38. Or, si la convention d'établissement du 3 novembre 1975 a bien été publiée au *Journal officiel*, il ne semble pas qu'elle ait fait l'objet d'un décret. La Convention a été signée par le Premier Ministre. Seul un décret pouvait admettre la SOABI au bénéfice du régime des entreprises conventionnées conformément à l'article 6 du Code des investissements. Ce décret est de la compétence du Président de la République lui-même qui, selon la Constitution du Sénégal, doit signer tous les décrets. La Convention tombe donc sous le coup de l'article 51 du Code des obligations de l'Administration, aux termes duquel, rappelons-le:

"le contrat conclu en violation des règles de forme imposées par la loi est nul de nullité absolue". (Cette nullité pouvant être soulevée d'office par le juge.)

39. Il faut toutefois faire ressortir que le gouvernement considère la Convention comme valable puisque dans son déclinatoire de compétence (p. 6 *in fine*), il déclare que:

"seul un décret permettrait à la République du Sénégal de retirer son agrément par anticipation, ladite Convention d'établissement étant conclue pour une période de 20 ans"

et il précise que

"la République du Sénégal n'ayant pas pris une telle mesure, la Convention d'établissement demeure en vigueur".

Manifestement le gouvernement croyait donc que la Convention avait été approuvée. C'est évidemment un peu gros. Ou plutôt cela le serait si l'on jugeait cette situation du point de vue d'un pays développé.

40. Qui plus est, le Gouvernement déclare que

"la République du Sénégal continue à exécuter les obligations lui incombant de par (la) Convention" (déclinatoire de compétence, p. 6, deuxième paragraphe).

41. Par contre la SOABI, elle, ne s'y était pas trompée puisque l'absence d'un décret d'approbation semble avoir été une des raisons pour lesquelles elle avait proposé un avenant à la Convention d'établissement. En effet, on lit dans le Livre blanc:

"la SOABI n'est pas titulaire du décret d'agrément exigé par l'article 7 de la loi no. 78.20 du 20.1.78...pour les motifs qui précèdent...nous avons soumis une proposition d'avenant" (p. 20 et 21, par. 1).

Il faut noter en passant que l'article 7 de la loi de 1978 correspond à l'article 6 de la loi de 1972.

42. En application de l'article 85, alinéa 2, du Code des obligations civiles et commerciales, le juge a seulement la faculté de soulever une nullité absolue. Dans la présente affaire le Tribunal a évité de

"se prononcer en des termes généraux sur l'existence ou non des pouvoirs d'un tribunal arbitral international de faire valoir, *ex officio*, des moyens qui n'ont pas été soulevés par l'une des Parties"

et a estimé que

"même si l'on se trouvait en présence d'une matière relevant de l'ordre public interne du Sénégal un tribunal arbitral international n'est pas appelé à veiller à ce que l'ordre public interne d'un pays soit respecté pour décharger le Gouvernement de ce même pays d'une obligation que celui-ci reconnaît" (par. 452 de la sentence.)

43. Tout en reconnaissant la valeur *in abstracto* de l'argument ainsi présenté par le Tribunal, je voudrais d'une part faire observer qu'en l'espèce l'article 85, alinéa 2, tout comme l'ensemble du droit sénégalais pertinent, s'impose au tribunal même s'il est "arbitral" et "international", d'autre part rappeler que nous sommes en présence d'une convention de développement et enfin me demander si, compte tenu des circonstances spéciales du présent différend où, le moins que l'on puisse reconnaître c'est qu'il n'y a pas une clause expresse d'attribution de compétence au CIRDI, il n'était pas sage d'admettre cette nullité puisque, en l'espèce, conformément à l'article 45 du Code des obligations de l'Administration, la SOABI pouvait toujours obtenir une indemnité si elle a fourni des prestations avec l'assentiment de l'Administration. En effet, selon cet article:

"En cas de défaut de conclusion d'approbation du contrat même en l'absence de faute, le titulaire du marché peut obtenir une indemnité si les prestations ont été fournies avec l'assentiment de l'administration et lui ont profité."

44. Evidemment un tribunal n'est jamais obligé de choisir la voie de la sagesse s'il estime avoir le droit avec lui.

45. Voilà le premier aspect du problème que soulève le défaut de la formalité prescrite par l'article 7 du Code des investissements. Il s'agit du pouvoir du Tribunal de soulever d'office la cause de nullité ci-dessus spécifiée.

46. L'absence de la formalité prescrite par l'article 7 du Code des investissements peut être envisagée sous un autre aspect.

47. En effet, l'article 44 du Code des obligations de l'Administration précise que le contrat qui n'a pas été soumis à l'approbation d'une autorité administrative (dans la mesure bien entendu où cette approbation est requise et c'est bien le cas dans la présente espèce) ne peut produire effet qu'après cette approbation. C'est là également une disposition d'ordre public qui lie la juridiction saisie.

48. A défaut de déclarer la Convention d'établissement nulle, le Tribunal ne devait-il pas au moins dire que cette convention, en application de l'article 44 du Code des obligations de l'Administration, ne peut produire effet puisqu'elle n'a pas été approuvée? Ce faisant, l'article 45 permettait à la SOABI de demander une indemnité dans la mesure, comme il est précisé dans cet article, où elle a fourni des prestations avec

l'assentiment de l'Administration, ce qui est le cas pour certaines d'entre elles, et dans la mesure aussi où ces prestations ont profité à l'Administration, ce qui devrait être démontré et pouvait l'être pour certains aspects de l'affaire.

2. Validité des Conventions des 24 juillet et 17 septembre 1975

49. Il y a aussi dans les Conventions des 24 juillet et 17 septembre 1975 une disposition ainsi libellée:

"Il est stipulé que les clauses stipulées aux articles quatre et cinq sont des conditions suspensives et devront à peine de nullité être remplies dans un délai de six mois fermes pour compter de la date de signature de la présente Convention."

50. Le Tribunal ne s'y est pas arrêté estimant que "les Parties ont continué à traiter la convention comme parfaitement valable dans l'exercice légitime de l'autonomie de leur volonté" (sentence, par. 2.12).

51. Les clauses en question concernent l'emprunt de six milliards qui n'a jamais été réalisé et la commande de l'usine.

52. Certes on peut, en analysant les circonstances de cette affaire, estimer que tout s'est passé comme si les Parties ont continué à considérer les conventions les liant comme valables. Mais le Tribunal pouvait-il ignorer la clause précitée? J'en doute.

53. Les stipulations conventionnelles rappelées ci-dessus sont-elles susceptibles d'être couvertes par le comportement d'ailleurs équivoque des Parties surtout si ce comportement est équivoque comme en la présente espèce? A cet égard si l'on en juge notamment par les moyens tirés par le Sénégal de la non-réalisation des conditions financières, on peut légitimement pencher vers une réponse négative.

3. Critique de certains motifs de la décision du 1er août 1984

54. Dans son déclinatoire de compétence, la République du Sénégal présentait deux moyens. Le premier était pris de ce que la SOABI ne remplit pas la condition de nationalité requise par la Convention. Le deuxième était relatif au fait que les Parties n'ont pas consenti à soumettre le présent différend à la compétence du CIRDI. Le Tribunal était alors composé de son Président actuel, du Baron Van Houtte, de nationalité belge—qui a été ensuite remplacé comme il est dit dans la sentence par le professeur Schultz—et de moi-même.

55. Le 1er août 1984, le Tribunal a pris à l'unanimité la décision par laquelle il a, d'une part, rejeté le moyen pris de ce que la SOABI ne remplit pas la condition de nationalité requise par la Convention, et d'autre part, joint au fond le moyen pris de ce que les Parties n'ont pas consenti à soumettre le présent différend à la compétence du CIRDI.

56. Bien que m'étant rallié à la décision, j'avais réservé mon droit de critiquer éventuellement certains de ses motifs.

57. C'est donc sur les motifs de la décision du 19 juillet 1984 en ce qu'elle a rejeté le moyen présenté par le Sénégal et pris de ce que la SOABI ne remplit pas la condition de nationalité requise par la Convention que portent mes critiques. Mon analyse se fera en trois points.

58. a) Il faut d'abord rappeler que la compétence du Centre "s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant... et le ressortissant d'un autre Etat contractant". En définissant un "ressortissant d'un autre Etat contractant" l'article 25, paragraphe 2(b), précise que ces mots signifient notamment:

"toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la même date et que les Parties sont convenues aux fins de la présente Convention de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers".

59. Au cours des débats, le Gouvernement du Sénégal est arrivé à démontrer que, contrairement à ce que prétend la SOABI, la Société Flexa, actionnaire largement majoritaire de la SOABI, avait son siège social non pas en Suisse, comme il avait été faussement prétendu par les formateurs de la SOABI dans l'acte notarié constitutif de cette société (voir les statuts de la SOABI), mais au Panama.

60. Comme le précise l'article 25 de la Convention, quand un différend oppose un Etat contractant à une personne morale qui possède sa nationalité, la compétence du CIRDI ne peut exister que dans la mesure où les Parties sont convenues de considérer la personne morale en question comme ressortissant d'un autre Etat contractant, en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers. Il est évident que les "intérêts étrangers" en question ne peuvent concerner que ceux d'un Etat partie à la Convention. En effet, il ne s'agit pas de considérer comme national de la Suisse (Etat contractant) une société sénégalaise contrôlée par des intérêts panaméens (le Panama n'étant pas un Etat contractant). Or, au moment où les Parties donnaient effet à l'article 25, paragraphe 2(b), dans la Convention d'établissement du 3 novembre 1975, la Société Flexa apparaissait, par la faute des formateurs de la SOABI, comme une société ayant son siège social en Suisse, autre Etat contractant de la Convention. Par contre le Panama (où la Société Flexa a effectivement son siège social) n'étant pas un Etat contractant, c'est à bon droit que le Sénégal a soulevé le moyen pris de ce que la SOABI ne remplit pas la condition de nationalité requise par la Convention.

61. Pour le Tribunal,

"Bien que sur ce point [il] soit enclin de donner raison au Gouvernement, il estime cependant pour les motifs énoncés ci-dessous ne pas avoir à décider sur ce point ni sur les conséquences que pourrait avoir une telle décision sur la nationalité de la Société Flexa. La nationalité de cette société qui détenait en 1975 la totalité des actions du capital souscrit de la SOABI ne serait déterminante de la nationalité des intérêts étrangers que si la Convention devait être interprétée comme visant le seul contrôle immédiat. Mais le Tribunal ne peut pas accepter une telle interprétation, qui va à l'encontre de l'objet de l'article 25, paragraphe 2(b) *in fine*. Cet objet, il est à peine nécessaire de le rappeler, est de concilier le

désir des pays hôtes d'investissements étrangers de voir ces investissements réalisés à travers des sociétés de droit local d'un côté, et leur volonté de donner qualité à ces sociétés pour être parties à des procédures sous les auspices du Centre de l'autre."

62. Je suis bien entendu d'accord avec le Tribunal sur l'objet de l'article 25, paragraphe 2(b) *in fine* de la Convention. Par contre, il était capital de s'arrêter sur la localisation de la Société Flexa, à cause de l'importance considérable que ce lieu peut avoir pour la détermination de la nationalité de Flexa et sur l'origine nationale des intérêts en cause.

63. En effet, il n'est pas inutile de rappeler qu'aux termes de la Convention, la nationalité d'une personne morale est normalement déterminée par rapport à son siège social. Or, il ne peut pas être indifférent à un Etat, comme je l'ai souligné ci-dessus, qu'au moment où il donne effet à l'article 25, paragraphe 2(b), de la Convention, la personne morale avec laquelle il contracte ait n'importe quelle nationalité. Il semble résulter de l'existence des deux Conventions des 24 juillet et 17 septembre 1975 que tel a été le cas du Sénégal. La nationalité de la personne morale qui contracte avec l'Etat peut éventuellement avoir des conséquences importantes sur la suite des relations entre l'Etat et l'investisseur. Par exemple un Etat A qui a accompli les formalités constitutionnelles nécessaires pour être partie à la Convention de Washington a montré, par ce fait, qu'il est disposé à accepter les décisions rendues dans le cadre de l'arbitrage CIRDI, ce qui est rassurant pour l'Etat B qui contracte avec l'entreprise contrôlée par des intérêts ressortissants de l'Etat A. Or cette sécurité n'existe pas quand les intérêts étrangers qui contrôlent l'entreprise sont ressortissants d'un Etat non partie à la Convention. Ainsi le fait d'avoir dissimulé la vérité et d'avoir dit que la Société contrôlant la SOABI a son siège en Suisse et non au Panama a pu être certainement déterminant dans le consentement du Gouvernement.

64. L'article 25 de la Convention a été accepté tel qu'il est par les Parties contractantes. Je ne crois pas qu'il soit dans les pouvoirs d'un tribunal, dans l'exercice de ses fonctions d'interprétation de cette Convention, de considérer certaines de ses dispositions comme si elles n'existaient pas. Il est bien précisé dans l'article 25 que l'Etat peut considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers, une personne morale qui a sa propre nationalité. A mon avis, le Tribunal a eu tort de déclarer qu'il n'avait pas à décider sur ce point (sentence du 1er août 1984, par. 35) sous prétexte que la Convention de Washington ne doit pas être interprétée "comme visant le seul contrôle immédiat" (sentence du 1er août 1984, par. 38). Cette carence ne l'a d'ailleurs pas empêché d'affirmer que l'on a quand même consenti à la SOABI "la qualité de ressortissant d'un autre Etat contractant" (sentence du 1er août 1984, par. 36). Le Tribunal ne dit-il pas lui-même que la reconnaissance de la qualité de "ressortissant d'un autre Etat contractant" est intervenue "en raison du contrôle exercé sur [la SOABI] par des intérêts étrangers?" (Sentence du 1er août 1984, par. 31.) Mais peut-on affirmer que ce contrôle pouvait en apparence être exercé par n'importe quels intérêts étrangers pourvu que l'on puisse au-delà de cette apparence découvrir après je ne sais quelles longues et souvent difficiles recherches que c'est finalement un ressortissant d'un Etat contractant qui le

détient? Comment peut-on raisonnablement penser soumettre un Etat qui va contracter avec une entreprise à cet effort de recherches difficiles, parfois impossibles, dans les dédales qu'inventent sans cesse les esprits ingénieux animés du souci d'échapper aux pressions de l'impôt et de s'abriter dans des "paradis fixaux"? L'admettre serait à coup sûr tolérer que l'Etat concerné dans bien des cas soit trompé impunément et son consentement surpris. Cela semble être le cas dans la présente affaire.

65. Au moment de la constitution de la Société, les formateurs de la SOABI ont déclaré et signé que la Société Flexa qui possédait 94% des actions de la future SOABI avait son siège social en Suisse (voir acte notarié du 16 septembre 1975 constitutif de la SOABI où il est déclaré par M. Baudoux que la société anonyme avait son siège social à Genève). D'ailleurs la SOABI a persisté dans cette position puisque, au cours de la présente affaire, elle a essayé de faire croire que la Société Flexa avait bien son siège social à Genève "prétention que le Gouvernement rejette pour les raisons explicites dans son mémoire additionnel au déclinatoire de compétence et au cours de la procédure orale, et que contredit d'ailleurs un document versé au dossier par la SOABI elle-même" (sentence du 1er août 1984, par. 34). Les formateurs de la SOABI ont ainsi caché le siège social (en fait la véritable nationalité de la personne morale qui contrôle la SOABI). Il y a là un cas typique de fraude dont à mon avis il était du devoir du Tribunal de tirer toutes les conséquences contre son auteur, en l'espèce la SOABI. Il ne l'a pas fait.

66. Dans un monde où de plus en plus l'on peut craindre que des "professionnels" avisés abusent de la naïveté de leurs "clients", les tribunaux, qu'ils soient arbitraux ou autres, ont le devoir de moraliser les rapports d'affaires. Au cours des négociations qui précèdent la passation d'un contrat les Parties doivent déjà agir de bonne foi. Et cette obligation de bonne foi exige que chaque Partie renseigne l'autre sincèrement, correctement, afin que cette dernière ne s'engage qu'en toute connaissance de cause. Un comportement de la nature de celui dénoncé ici est constitutif de manque de bonne foi et devait être sanctionné. Le désir de passer coûte que coûte un contrat avantageux ne doit pas empêcher les Parties au cours des négociations de faire preuve de franchise.

67. b) J'en viens maintenant à une autre remarque sur la sentence du 1er août 1984. Cette remarque porte sur le paragraphe 42. Le Tribunal a déduit du fait que les deux Parties ont donné leur accord (l'Etat du Sénégal à la nomination par la SOABI du Baron Van Houtte et la SOABI à la nomination par l'Etat du Sénégal de M. Kéba Mbaye, enfin, les deux Parties à la nomination comme troisième arbitre et président du Tribunal de M. Pierre Lalive), qu'elles ont

"estimé que les nationalités sénégalaise et belge de deux des trois membres du tribunal exigeaient que la condition de l'article 39 de la Convention 'désignation par commun accord' soit remplie".

68. Peut-on vraiment affirmer que les Parties "ont estimé" que l'article 39 s'appliquait?

69. Les dispositions de l'article 39 sont ainsi conçues:

"Les arbitres composant la majorité doivent être ressortissants d'Etats autres que l'Etat contractant Partie au différend et que l'Etat contractant dont le ressortissant

est Partie au différend, étant entendu néanmoins que cette disposition ne s'applique pas si, d'un commun accord, les Parties désignent l'arbitre unique ou chacun des membres du Tribunal."

70. Pour le Tribunal, puisque les Parties se sont mises d'accord pour la désignation des arbitres, cela veut dire qu'elles ont mis en application les dispositions *in fine* de l'article 39 selon lesquelles les arbitres composant la majorité du Tribunal doivent être ressortissants d'Etats autres que l'Etat contractant Partie au différend et que l'Etat contractant dont le ressortissant est Partie au différend.

71. Je ne partage pas cette déduction. En effet, le procès-verbal de désignation des membres du Tribunal, fait à Dakar et daté du 3 février 1983 ne mentionne pas l'article 39 de la Convention comme l'a d'ailleurs reconnu le Tribunal. Il ne mentionne pas non plus la nationalité des personnes qui ont été désignées pour former le Tribunal. Comment le Tribunal a-t-il pu estimer qu'il en était comme il a dit? Ce faisant, le Tribunal néglige l'article 37(a) de la Convention. Selon cette disposition "le Tribunal se compose d'un arbitre unique ou d'un nombre impair d'arbitres nommés conformément à l'accord des Parties".

72. Cette disposition pose un principe fondamental: "l'accord des Parties". Il résulte de ce principe que, sans se référer à l'article 39 de la Convention, par ignorance ou par un tout autre motif, donc sans même envisager la nationalité des membres du Tribunal, les Parties ont la possibilité, comme elles paraissent l'avoir fait à Dakar le 3 février 1983, de se prononcer sur le nombre des membres du Tribunal et en même temps de préciser leur accord quant à leur nomination. Le principe de l'accord respecté, peu importe le mode par lequel les désignations des arbitres sont intervenues. Il semble que tel a été le cas dans la présente espèce. Ce faisant, les parties se sont tout simplement conformées à l'article 2, paragraphe 1, du Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage en respectant le principe de l'accord. Selon l'article 2, paragraphe 1, du Règlement:

"Si, lors de l'enregistrement de la requête d'arbitrage les Parties ne sont pas convenues du nombre des arbitres et de leur mode de nomination, elles suivent, sauf accord contraire, la procédure suivante:

- a) la Partie requérante propose à l'autre Partie, dans les 10 jours qui suivent l'enregistrement de la requête, la nomination d'un arbitre unique ou d'un nombre impair déterminé d'arbitres et spécifie le mode de nomination proposé;
- b) dans les 20 jours qui suivent la réception des propositions de la Partie requérante, l'autre Partie:
 - i) accepte ces propositions; ou
 - ii) fait d'autres propositions au sujet du nombre d'arbitres et de leur mode de nomination;
- c) dans les 20 jours qui suivent la réception de la réponse contenant d'autres propositions, la Partie requérante notifie à l'autre si elle accepte ou rejette ces propositions."

73. C'est à la suite de cette procédure que les Parties ont désigné les arbitres composant le Tribunal. A mon avis, les dispositions précitées n'ont pas une autre signification que celle-ci: "si les parties désignent les membres du Tribunal d'un commun accord, il n'y a pas lieu de se préoccuper de leurs nationalités". On pourrait aussi dire que les dispositions de l'article 39 relatives à la majorité composant le Tribunal ne sont pas prescrites à peine de nullité. Si les Parties désignent ensemble les membres du Tribunal, ces dispositions ne s'appliquent pas. C'est tout. Et c'est ce qu'exprime le "Rapport des Administrateurs": "cette règle ne s'appliquera pas au cas où tous les arbitres du Tribunal auront été désignés par accord entre les Parties". Dès lors on ne peut que s'étonner que le Tribunal en tire les conclusions péremptoires qu'il énonce.

74. c) Ma dernière remarque concerne le paragraphe 43 de la sentence du 1er août 1984. Dans ce paragraphe, le Tribunal énonce:

"Il incombait au Gouvernement sinon d'apporter des preuves concluantes de ce que les affirmations de la SOABI quant à la nationalité des intérêts étrangers de contrôle n'étaient pas fondées, au moins de soulever des doutes motivés. Mais il n'a fait ni l'un ni l'autre."

75. Cette conclusion est surprenante. Le gouvernement a démontré, pièces à l'appui, que le siège social de la Société Flexa, actionnaire largement majoritaire de la SOABI au moment de la signature de la Convention d'établissement, était au Panama et non en Suisse comme l'ont faussement déclaré les formateurs de la SOABI au moment de la constitution de celle-ci.

76. Il apparaît en conséquence que la SOABI était contrôlée par une société panaméenne (le Panama n'étant pas un "Etat contractant" au sens de la Convention de 1965). Qu'est-ce qui pouvait dès lors autoriser le Tribunal à affirmer que le Gouvernement du Sénégal n'a même pas soulevé des "doutes motivés" s'agissant de la "nationalité" des intérêts étrangers de contrôle de la SOABI? Quel doute pouvait être plus grand que celui consistant à montrer que la Société Flexa, de nationalité panaméenne, contrôlait la SOABI au moment où celle-ci contractait avec la République du Sénégal, que les formateurs de la SOABI avaient caché cette réalité, commettant ainsi une fraude dans un acte authentique, probablement parce qu'ils craignaient les conséquences du fait que le Panama n'est pas un pays contractant au sens de la Convention, cette circonstance pouvant faire reculer le Sénégal. Il ne faut pas oublier que dans la Convention du 3 novembre 1975 le Gouvernement du Sénégal s'est contenté de préciser qu'il

"accepte de considérer comme remplie la condition de nationalité prescrite par l'article 25 de ladite Convention BIRD".

77. Il n'a donc pas indiqué la nationalité qu'il reconnaissait à la SOABI, contrairement à ce qui s'est passé dans d'autres cas. On peut légitimement soutenir que l'accord ainsi intervenu ne pouvait viser qu'un contrôle assuré par un Etat contractant et non par un Etat non partie à la Convention. Le problème du contrôle au deuxième, troisième ou quatrième degré me paraît inopérant en l'espèce. L'article 25-2(b) ne qualifie pas le contrôle qu'il vise. Il ne dit pas par exemple qu'il s'agit du contrôle "effectif". Il n'appartient pas à un tribunal arbitral d'y ajouter. Cette disposition, ne l'ou-

blions pas, constitue déjà une exception. Aussi la décision du 25 septembre 1983 rendue par le tribunal arbitral dans l'affaire AMCO a-t-elle raison de souligner que

"le concept de nationalité (retenu par la Convention) est un concept classique fondé sur le droit sous l'empire duquel la personne morale a été constituée, le lieu de constitution et le lieu de siège social. Une exception est apportée à ce concept... lorsque ces personnes morales sont sous contrôle étranger. Mais aucune exception au concept n'est prévue lorsque l'on arrive à la nationalité de la personne exerçant ce contrôle". (C'est moi qui souligne.)

Le tribunal à juste titre avait (dans l'affaire précitée) refusé d'admettre que

"ce n'est pas la nationalité juridique de la personne morale contrôlant la société de droit local qui devrait être prise en considération, mais la nationalité des personnes physiques ou morales qui contrôlent la personne morale exerçant le contrôle ce qui, en d'autres termes, imposerait de se préoccuper du contrôle au deuxième, et le cas échéant au troisième, quatrième ou nième degré" (sentence, no. 14, c)).

77 bis. A mon avis, l'article 25-2(b) qui a un but bien précis: permettre à un Etat de contracter avec une personne morale possédant sa nationalité, doit être appliqué en tenant compte du souci de simplification qui a animé ses rédacteurs. Il n'y a donc pas lieu de rechercher au-delà du contrôle immédiat si, en définitive, il existe un contrôle effectif assuré par des personnes morales ou physiques. Procéder autrement serait agir en contradiction avec l'esprit qui a présidé à la conception et à l'adoption de la disposition.

B. LA COMPETENCE

78. S'agissant de la compétence, d'une façon générale j'estime que le Tribunal a violé l'article 25 de la "Convention de 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats", notamment en ne respectant pas les exigences dudit article telles qu'elles devaient être observées dans les circonstances de la présente affaire. C'est donc sur ces points, à savoir que le Tribunal n'a pas correctement appliqué l'article 25 de la Convention de 1965 et que les circonstances de la présente affaire ne lui permettaient pas de se déclarer compétent, que porteront mes observations sur la compétence.

I. LE TRIBUNAL N'A PAS CORRECTEMENT APPLIQUE L'ARTICLE 25 DE LA CONVENTION

1. Les dispositions de l'article 25, paragraphe 1, de la Convention

79. L'article 25, paragraphe 1, de la Convention est ainsi conçu:

"(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."

80. Ces dispositions sont claires. Elles requièrent en particulier un consentement donné par écrit, pour soumettre au Centre un différend d'ordre juridique entre un Etat contractant et le ressortissant d'un autre Etat contractant.

81. Il me paraît dès l'abord important de souligner la nécessité du consentement par écrit. C'est un problème sur lequel je reviendrai plus loin. Je parlerai de la qualification du moyen présenté par le Gouvernement et relatif à l'incompétence du CIRDI, de la dénaturation de la claire volonté des Parties et de certains arguments qui militent pour l'absence de convention d'arbitrage regissant le présent différend.

2. Qualification du moyen présenté par le Gouvernement et relatif à l'incompétence du CIRDI

82. Le gouvernement a bien présenté un déclinatoire de compétence au motif d'absence de convention d'arbitrage. Dès le paragraphe 4.04 de la sentence, le Tribunal affirme:

"Le Gouvernement fonde son déclinatoire sur le fait que le contrat de construction de 15.000 logements qu'il aurait rompu ne figure pas dans la Convention d'établissement. Le différend entre les Parties au sujet de la prétendue rupture de ce contrat ne serait donc pas un différend relatif à l'exécution de la Convention d'établissement ou à des droits et obligations qui en résultent, seule catégorie de différend que les Parties ont consenti à soumettre au Centre."

83. Au paragraphe 4.11 le Tribunal précise:

"Le déclinatoire, dans le présent cas, n'est pas fondé sur une absence totale de convention d'arbitrage entre les parties mais plutôt, comme il a déjà été relevé au numéro 4.04 ci-dessus sur la prétendue non-applicabilité du différend que la SO-ABI a soumis au CIRDI, de la convention d'arbitrage constituée par le titre VI de la Convention d'établissement conclue par les parties."

84. Le déclinatoire de compétence présenté par le Gouvernement indique à sa page 6:

"Il résulte clairement de cet article (il s'agit du titre VI de la Convention d'établissement du 3 novembre 1975 prévoyant l'arbitrage) que seuls les différends relatifs à l'exécution de la Convention d'établissement et les droits et obligations en résultant peuvent être soumis à la compétence du CIRDI."

85. A la page 7 de ce même déclinatoire on lit:

"Le fait qu'aucun des droits et obligations faisant l'objet du présent différend portant sur le contrat principal ne trouve sa source dans la Convention d'établissement, s'explique bien évidemment par la décision prise par les Parties au départ, d'exécuter le projet en deux phases. La Convention d'établissement, comme tous les autres contrats particuliers signés par la REPUBLIQUE DU SENEGAL avec la S.A. BUREAUX D'ETUDES L.M. CHAPEAUX, LA BANQUE DU BENELUX S.A. et la SOABI, concerne la première phase du projet relative à la

construction de l'usine. Par contre le présent différend concerne la deuxième phase du projet relative à la construction des 15.000 logements sociaux."

86. Ainsi, il apparaît sans équivoque que le Gouvernement soutient l'absence de convention d'arbitrage régissant le différend qui est porté devant le Tribunal. Peu importe qu'il existe entre les Parties une convention d'arbitrage dans une autre convention que celle dont la violation est alléguée; ce qui importe, c'est qu'il n'y ait pas de convention d'arbitrage régissant le différend en cause. Le Tribunal admet que: "Le consentement ne saurait être présumé." (Sentence, par. 4.9.) Ce sur quoi tout le monde est d'accord bien évidemment.

87. Tout le monde est également d'accord avec lui qu'il ne doit pas suivre une "interprétation a priori stricte ou au contraire large ou libérale" (sentence, par. 4.10).

88. Mais cela n'enlève rien au fait que sous prétexte d'interprétation on ne saurait imposer à un Etat souverain un arbitrage qu'il n'a pas accepté.

89. En tout cas il est évident qu'en concluant dans son déclinatoire de compétence que:

"Le présent différend ne ressortit ni à la compétence du CIRDI ni à celle du présent Tribunal arbitral constitué sous son égide",

le Gouvernement se référerait ainsi de façon très nette à l'article 25, paragraphe 1, de la Convention aux termes duquel:

"La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant et le ressortissant d'un autre Etat contractant et que les Parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre."

90. Cette disposition est précisément relative à la Convention d'arbitrage, à son existence ou à son inexistence.

91. Rappelons que l'article 41 de la Convention prescrit que:

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

92. Les mots importants à souligner ici sont: *tout déclinatoire de compétence soulevé... sur le motif que le différend n'est pas de la compétence du Centre.* (C'est moi qui souligne.) C'est cela finalement le déclinatoire de compétence au motif d'absence de convention d'arbitrage.

93. Il n'est pas inutile de relever que la SOABI de son côté est d'avis que:

"L'Etat du Sénégal, pour soulever l'incompétence du Tribunal arbitral, soutient que la Convention du 3 novembre 1975 qui contient la clause arbitrale ne s'applique qu'à la partie du projet concernant la construction de l'usine de préfabrication d'éléments en béton armé et ne concerne en aucun cas le contrat de construction des 15.000 logements." (Mémoire en réponse, p. 1, II, A.)

94. D'ailleurs, le Gouvernement n'a fait que reprendre les termes de la clause arbitrale figurant dans la Convention d'établissement et qui est ainsi conçue:

"Tout différend entre les Parties relatif à l'exécution de la présente Convention ainsi que d'une façon générale aux droits et aux obligations qui en résultent pour chacune d'elles est soumis à un arbitrage..."

95. Le Tribunal lui-même a énoncé dans sa décision du 1er août 1984:

"Après ces considérations, le Gouvernement conclut que la seule clause dont la SOABI se prévaut figure dans une Convention d'établissement qui n'a aucun rapport avec le présent différend, lequel a trait à la rupture du contrat principal et est intervenu à l'occasion de la deuxième phase du projet relative à la construction des 15.000 logements sociaux, alors que ladite Convention d'établissement ne se rapporte qu'à la première phase relative elle à la construction de l'usine." (Sentence, par. 52; c'est moi qui souligne.)

96. S'il pouvait exister le moindre doute sur la portée du déclinatoire de compétence du Gouvernement, l'opinion de son Conseil aux audiences des 17 et 18 juillet 1984 suffirait à le disperser. En effet, dans le compte rendu de ces audiences, à la page 21, on lit:

"En soumettant ce déclinatoire de compétence, la République du Sénégal s'est fondée sur deux moyens. D'abord l'absence de consentement et ensuite le non-respect de la condition de nationalité prévue à l'article 25 de la Convention. Nous allons tout d'abord évoquer l'absence de consentement.

L'article 25 de la Convention, comme vous le savez, exige un consentement par écrit des Parties. Ainsi que la République du Sénégal l'a déjà amplement démontré, les Parties n'avaient jamais consenti, ni explicitement, ni implicitement, à soumettre le présent différend au CIRDI. L'absence de consentement explicite résulte de ce que la clause compromissoire CIRDI dont se prévaut la SOABI contenue dans la Convention d'établissement du 3 novembre 1975 a une portée réduite aux seuls différends relatifs à l'exécution de cette Convention et aux droits et obligations en résultant. Or aucun de ces droits et obligations donnant lieu au présent litige ne trouve sa source ou n'a été repris dans cette Convention. La SOABI n'a jamais contesté ce point, ni dans son mémoire en réponse, ni dans son mémoire en réplique."

97. Il apparaît donc nettement qu'il résulte des pièces du dossier que le Gouvernement soulève bien un déclinatoire de compétence au motif d'absence de convention d'arbitrage.

3. Dénaturation par le Tribunal de la claire volonté des Parties

98. Le Tribunal s'est aventuré à interpréter un contrat dont les clauses sont claires, à savoir la Convention d'établissement du 3 novembre 1975, ce, en violation de l'article 100 du Code des obligations civiles et commerciales qui prévoit que "si les termes du contrat sont clairs et précis le juge ne peut sans dénaturation leur donner un autre sens". En effet, après avoir

"examiné les autres conventions conclues entre les parties, avant ainsi qu'après la conclusion de la Convention d'établissement, le comportement des parties, et les arguments des parties développés respectivement pour soutenir ou rejeter le déclinatoire de compétence" (sentence, par. 4.12)

le Tribunal est arrivé à la conclusion que:

"les conventions entre les Parties autres que la Convention d'établissement portant sur la construction de l'usine ainsi que sur la construction des 15.000 logements, sont implicitement englobées dans la Convention d'établissement et que les différends relatifs à leur exécution ou aux droits et obligations en découlant tombent donc sous le coup du titre VI de la Convention d'établissement". (Sentence, par. 4.13.)

99. Le Tribunal s'arroge ainsi un pouvoir qu'il n'a pas. Il a dépassé le cadre de la simple interprétation et a décidé que "les conventions entre les Parties autres que la Convention d'établissement... sont implicitement englobées dans la Convention d'établissement". (C'est moi qui souligne.)

100. Le Tribunal n'était manifestement pas compétent pour connaître du différend et n'a pas trouvé d'autre bonne raison que celle ci-dessus rapportée.

101. Certes, le Secrétariat du CIRDI, à la réception de la requête de la SOABI, s'est abstenu de refuser de l'enregistrer, ce qu'il pouvait pourtant faire en application de l'article 36 de la Convention. On pourrait donc légitimement être tenté de penser que le Secrétaire général du Centre n'a pas estimé que "le différend" n'excède pas "manifestement la compétence du Centre".

102. Devant cette tentation il convient seulement de faire valoir que la décision du Secrétaire général de refuser d'enregistrer une requête étant sans recours ne doit être prise que dans des cas extrêmes.

103. Cette prudence est d'autant plus recommandable que la décision du Secrétaire général ne serait prise qu'"au vu des informations contenues dans la requête" comme le dit l'article 36, paragraphe 3.

104. L'enregistrement d'une requête ne peut en aucune façon constituer une présomption indiquant la compétence du Centre. Le Tribunal saisi d'une affaire doit examiner sa compétence avec circonspection, le consentement des Parties étant l'élément essentiel de cette compétence.

105. On sait que dans la présente affaire, et comme le reconnaît le Tribunal lui-même, alors que le Gouvernement a signé plusieurs contrats relatifs à l'opération SOABI, seule la Convention d'établissement comporte une clause d'arbitrage. Pour contourner cette énorme difficulté, le Tribunal déclare que les conventions entre les Parties autres que la Convention d'établissement "sont implicitement englobées dans la Convention d'établissement" et que les différends relatifs à leur exécution ou aux droits et obligations en découlant tombent donc sous le coup du titre VI de la Convention d'établissement. Ainsi le Tribunal n'a pas hésité à adopter cette position hardie dans un domaine qui requiert une très grande prudence.

106. Une telle position va à l'encontre de celle de la doctrine.

107. Le Professeur Karl-Heinz Böckstiegel, dans "Les règles de droit applicables aux arbitrages commerciaux internationaux concernant des Etats ou des entreprises contrôlées par l'Etat" (*L'arbitrage international soixante ans après, regards sur l'avenir*, CCI 1984, p. 127 et suiv.), écrit en parlant des arbitrages CIRDI:

"Pour se soumettre à cet arbitrage, il faut en outre un accord spécifique dans chaque contrat déterminé." (P. 137. C'est moi qui souligne.)

108. Puis il déclare:

"L'exigence première et primordiale de toute procédure arbitrale est naturellement l'existence d'une clause d'arbitrage dans le contrat ou d'un compromis." (P. 156)

109. Dans le même ouvrage, le Professeur Bernardo M. Cremades, dans ses "commentaires" du rapport du Professeur Böckstiegel, écrit de son côté:

"La clause arbitrale sera dès lors l'élément décisif qui permettra, le cas échéant, de déterminer la claire volonté des Parties de dénationaliser la relation juridique qui les lie." (P. 194)

110. M. Georges R. Delaume, orfèvre en la matière, affirme dans le même ouvrage:

"...la ratification de la Convention CIRDI n'est autre chose qu'une manifestation d'intérêt pour l'arbitrage CIRDI; elle ouvre la porte à l'arbitrage CIRDI; mais elle ne constitue par elle-même aucune obligation d'y avoir recours. Une telle obligation ne peut résulter que d'un consentement exprès de la part de l'Etat..." (p. 243).

111. Dans son ouvrage *L'arbitrage dans le commerce international*, (Paris 1982), René David écrit:

"Il est naturel que pour l'admettre [l'arbitrage] on exige que les intéressés aient manifesté de façon non équivoque leur volonté de se soumettre à l'arbitrage." (P. 270).

112. Et, plus loin, l'auteur poursuit:

"La reconnaissance de la décision des arbitres suppose que celle-ci ait une base indiscutable." (*Ibid.*)

113. Toutes ces opinions d'éminents juristes et bien d'autres encore concordent pour bien souligner la nécessité d'un consentement spécifique sans équivoque quand il s'agit d'attribuer compétence à un organisme arbitral.

114. Certes, le Tribunal n'a pas eu tort de préciser qu'il ne trouve

"pas justifié d'exiger une plus stricte interprétation de la condition de consentement quant il s'agit du consentement d'un Etat plutôt que celui d'un investisseur" (sentence, par. 4.9).

En effet, l'exigence d'un consentement sans équivoque est valable quelles que soient les Parties en présence dans un contrat prévoyant une clause arbitrale. Mais elle est fondamentale dans tous les cas.

115. Je n'ai guère l'intention de rouvrir un débat aujourd'hui considéré non comme dépassé mais en tout cas de moindre importance que par le passé, sur la portée de la clause d'arbitrage dans un "State contract". J'admets avec la majorité des auteurs et notamment avec Jean-Pierre Regli dans son livre *Contrats d'Etats et arbitrages entre Etats et personnes privées* (Genève 1983, p. 10) que "la partie privée" dans un contrat entre un Etat et une personne privée "ne contracte pas dans une situation d'infériorité de fait ou de jure", et qu'il "s'agit bel et bien d'accords *inter pares*".

116. Cependant, cela ne devrait pas cacher le fait que la présence d'un Etat doit toujours inciter un tribunal saisi d'une affaire de la nature de celle-ci à plus de circonspection dans l'interprétation de la clause emportant consentement à l'arbitrage. Le rapport des administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats incite à une telle circonspection quand il se donne la peine de souligner en son paragraphe 23 que:

"le consentement des Parties est la pierre angulaire de la compétence du Centre. Ce consentement doit être donné par écrit."

117. Ainsi, s'il faut admettre volontiers que, dans le cadre d'une convention d'arbitrage il n'y a pas à faire de différence entre l'Etat et l'entreprise privée avec laquelle il a signé cette convention, l'un et l'autre étant des Parties et une stricte égalité devant être observée à leur égard, il faut néanmoins être prudent.

118. Comme l'écrit Jean-Pierre Regli (*op.cit.*, p. 37)

"l'admission de l'arbitrage pour le règlement des différends opposant une personne privée étrangère à un Etat souverain implique pour ce dernier une renonciation à la juridiction de ses propres tribunaux. Il s'agit-là d'une limitation des pouvoirs de l'Etat, limitation qui n'est pas admise dans tous les Etats."

119. Les règles de droit liant un Etat procèdent de sa seule volonté. C'est le cas du Sénégal quand il a signé la Convention de 1965. Un Etat ne peut être jugé par un organe juridictionnel international que dans la mesure où il l'a formellement et expressément accepté dans la forme que prévoit son droit. C'est cela le principe. L'exception c'est donc l'acceptation d'une juridiction internationale par un Etat.

120. C'est pourquoi je comprends mal que le Tribunal se soit empressé de contredire le Conseil du Gouvernement en soutenant que "l'article 25 de la Convention n'est nullement une exception aux dispositions de droit commun" alors que manifestement ledit Conseil voulait seulement souligner que nous étions dans cette affaire en face d'une renonciation par un Etat à sa souveraineté même (sentence, par. 4.08 *in fine*).

121. D'ailleurs, le Tribunal reprend à peu près la même idée (sentence, par. 4.09) en d'autres termes.

122. La position du Tribunal équivaut en définitive à nier le principe de la nécessité d'un consentement sans équivoque. Ce faisant je crois qu'il se trompe.

123. Est-il nécessaire de rappeler que la Convention de 1965 ne prévoit la compétence d'un tribunal arbitral, formé en application de ses dispositions, que si l'Etat Partie a prolongé son acceptation de principe de la compétence du CIRDI par la signature d'un compromis ou d'une clause compromissoire? Il est juste de déclarer que les Parties qui ont consenti à signer une clause compromissoire ou un compromis sont à égalité et que ce consentement une fois donné ne peut être retiré (les règles à appliquer étant les mêmes pour l'Etat que pour son cocontractant privé). Mais là se trouve le piège. L'égalité des Parties ne peut se poser que dans la mesure où l'acceptation de la compétence du CIRDI est certaine; c'est-à-dire dans la mesure où l'Etat s'est engagé à aller à l'arbitrage en cas de différend d'ordre juridique et sur ce différend.

124. Par contre, quand le problème posé est en amont de l'acte par lequel le consentement est donné, il faut se référer au droit public en ce qui concerne l'Etat, sous peine de violer le principe de la souveraineté des Etats et une de ses conséquences les plus immédiates, à savoir: la nécessité de l'acceptation d'une autre juridiction que les juridictions nationales. Si l'Etat a signé une clause d'arbitrage, il convient de le traiter de la même façon que la Partie avec laquelle il a contracté. Mais si cette clause d'arbitrage n'existe pas, ou si son existence est douteuse, on ne peut alors ignorer les règles du droit international public qui veulent encore une fois que les Etats ne s'obligent que selon les règles de droit qu'ils ont eux-mêmes acceptées. Il me semble suffisant de me référer à ce que la Cour internationale de Justice rappelait encore récemment dans un de ses arrêts:

"Une telle limitation ne se présume pas et doit être nettement et expressément formulée pour être admise." (Affaire du Plateau continental (*Jamahiriya arabe libyenne/Malte*), C.I.J. Recueil 1984, p. 22.)

125. Le Sénégal avait hérité de la France les dispositions des anciens articles 1004 et 85 du Code de procédure civile et en même temps une certaine méfiance vis-à-vis de l'arbitrage.

126. En 1965, il a néanmoins signé la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Mais, selon le droit sénégalais actuellement en vigueur, le principe est que l'Etat n'accepte l'arbitrage que de façon exceptionnelle.

127. Dans sa détermination à interpréter à sa manière la volonté des Parties, le Tribunal n'a pas hésité à déformer et à dénaturer les positions claires du Gouvernement et de la SOABI. En effet, il soutient dans le paragraphe 4.16 de la sentence:

"Ce texte montre bien le contexte dans lequel se situe la Convention d'établissement, à savoir celui d'une opération unique consistant en un programme de construction de 15.000 logements sociaux à un rythme de 3.000 logements par an, ainsi que la construction d'une usine de préfabrication d'éléments en béton industriel permettant la réalisation de ce programme. Cette opération unique fut l'objet des deux Conventions de juillet et septembre 1975 mentionnées au deuxième paragraphe du texte ci-dessus, qui portaient toutes les deux sur la construction de l'usine aussi bien que sur la construction des logements. En effet, on ne saurait dissocier les deux parties de l'opération: tandis que la construction de l'usine de préfabrication est une condition *sine qua non* de la réalisation du programme de construction, ce dernier est réciproquement une condition indispensable de l'implantation de l'usine, dont la réalisation n'est justifiée que par l'existence du programme de construction."

128. Contrairement à ce que suggère le paragraphe ci-dessus, s'il y a un point sur lequel les Parties sont d'accord c'est bien sur l'existence de deux phases distinctes dans "l'opération SOABI". En effet, les deux Parties admettent au moins une chose, à savoir que le "programme SOABI comprenait deux phases".

129. Pour le Sénégal, les Parties ont défini dans les Conventions du 24 juillet 1975 et du 17 septembre 1975,

“la totalité du projet qu’elles envisagent d’exécuter conjointement, à savoir la construction d’une usine de préfabrication de matériaux préfabriqués dans une première phase, suivie de la construction de 15.000 logements sociaux dans une seconde phase, ainsi que de leurs obligations respectives”. (Déclinaoire de compétence du Sénégal, p. 4).

Pour la SOABI,

“la construction de l’usine de préfabrication constituait la réalisation de la première phase de ce projet de construction des 15.000 logements”.

130. On pourrait avoir recours à d’autres citations pour démontrer cet accord des Parties sur l’existence de deux phases *bien distinctes*, même s’il y a un “projet SOABI”.

131. En jouant sur les mots, le Tribunal a essayé de contourner la réalité selon laquelle il y a bien *deux phases distinctes* dans le programme SOABI. Chacune de ces phases pouvait être traitée différemment sur le plan juridique et en fait. L’usine pouvait servir à faire autre chose que les 15.000 logements et rien n’empêchait de se cantonner à une convention de construction de 15.000 logements laissant au promoteur le soin de s’arranger comme il l’entend. Il n’y a pas une fatale liaison entre ces deux opérations et la suite des événements l’a bien montré puisque l’usine a été construite et payée et que les logements ne sont jamais sortis de terre.

132. Niant l’évidence le Tribunal affirme qu’“on ne saurait dissocier les deux parties de l’opération...” (sentence, par. 4.16). Cela ne l’empêche pas, quand il confie à un expert le soin de déterminer “le montant des frais et immobilisations engagés par la SOABI et résultant directement des activités afférentes au seul programme de construction et de vente de 15.000 logements” (c’est moi qui souligne), d’admettre par là même que l’on peut aisément dissocier ce qui se rattache à l’une et l’autre opération (voir sentence, par. 9.06).

132 bis. A ce propos, il me semble important de souligner l’erreur commise par le Tribunal dans l’interprétation du préambule de la Convention d’établissement du 3 novembre 1975.

133. En effet, dans le paragraphe 4.17 de sa sentence, le Tribunal énonce:

“Bien que les sept premiers alinéas du préambule permettent de penser que la Convention d’établissement englobera toute l’opération, les alinéas qui suivent sont moins clairs. Ils parlent de l’intérêt que présente pour le Gouvernement l’usine de préfabrication pour justifier l’accès de la SOABI aux bénéfices du Code des investissements et ne mentionnent pas le programme de construction de logements. Néanmoins, on y revient à la fin du préambule où on parle de garanties nécessaires à la réalisation du projet et ‘au bon fonctionnement de cette industrie’.”

134. Ici encore on se rend compte que le Tribunal joue avec les mots en disant

“bien que les sept premiers alinéas du préambule permettent de penser que la Convention d’établissement englobera toute l’opération, les alinéas qui suivent sont moins clairs”.

135. Relisons les sept alinéas en question. Ils sont ainsi conçus:

“Dans le but de promouvoir le développement et l’amélioration de l’habitat sénégalais à des conditions économiques accessibles aux revenus les plus faibles, le Gouvernement du Sénégal a décidé d’encourager toute initiative tendant vers cet objectif.

C’est dans ce cadre qu’a déjà été signée le 24 juillet 1985 une convention entre l’Etat du Sénégal représenté par M. Babacar BA, Ministre d’Etat chargé des Finances et des Affaires économiques et la Société NAIKIDA représentée par M. Jean Baudoux, spécialement mandaté à cet effet.

La Convention mentionnée ci-dessus porte sur la construction en cinq années de 15.000 logements socio-économiques dans la région de Dakar-Thiès.

La Convention signée a été amendée et complétée le 17 septembre 1975.

La réalisation d’un tel programme nécessite l’implantation d’un complexe industriel important permettant la fabrication de 3.000 logements de surface moyenne par an, faisant ressortir une production journalière de 15 logements.

Pour assurer un tel rythme, il est prévu d’implanter une usine de préfabrication d’éléments en béton industriel appliquant les techniques modernes de construction.

Le montant des investissements à réaliser pour cette implantation est de l’ordre de 900 millions de francs CFA.”

136. *Le lecteur attentif constatera sans difficulté que les quatre premiers alinéas constituent une sorte d’introduction et rappellent ce qui a été fait dans le cadre d’un programme de promotion de l’habitat sénégalais pour les “revenus les plus faibles”, et qui a abouti à la signature d’une Convention le 24 juillet 1975 “amendée et complétée” le 17 septembre 1975.*

137. En vain y cherchera-t-on ce qui a permis au Tribunal de conclure que “la Convention d’établissement englobera toute l’opération”.

138. Dans l’alinéa cinq, les rédacteurs de la Convention en viennent ensuite à l’actualité, c’est-à-dire au véritable objet de la Convention par ces mots:

“la réalisation d’un tel programme nécessite l’implantation d’un complexe industriel important permettant la fabrication de 3.000 logements de surface moyenne par an, faisant ressortir une production journalière de 15 logements”. (C’est moi qui souligne).

139. Voilà la coupure entre les deux phases distinctes. Il y a un programme. Sa réalisation nécessite l’implantation d’un complexe industriel que les Parties vont traiter dans le cadre de la Convention.

140. Et les rédacteurs poursuivent par le sixième et le septième alinéas qui manifestement ne concernent que l’usine puisqu’ils énoncent:

“Pour assurer un tel rythme, il est prévu d’implanter une usine de préfabrication d’éléments en béton industriel appliquant les techniques modernes de construction.”

“Le montant des investissements à réaliser pour cette implantation est de l’ordre de 900 millions de francs CFA.”

141. Par quel miracle le Tribunal a-t-il pu avoir la vision d’une opération globale à la lecture de ces sept alinéas?

142. Il apparaît ainsi que le Tribunal a déformé la claire volonté des Parties en essayant d'interpréter des clauses claires, violant manifestement l'article 100 du Code des obligations civiles et commerciales dont j'ai déjà parlé.

143. Pourquoi cela? L'arbitrage international mérite d'être développé et encouragé. Mais ce ne peut être au détriment du principe sacro-saint de l'autonomie de la volonté.

144. Revenons au préambule de la Convention d'établissement.

145. Le Tribunal reconnaît que "les alinéas qui suivent [les sept premiers] sont moins clairs".

146. Voyons ce qu'il en est.

147. Après le septième alinéa, la partie historique du préambule étant terminée, viennent ensuite les véritables "visas" de la Convention. Pour qui connaît la pratique sénégalaise, le préambule aurait pu commencer par là.

148. On reconnaît ces visas par le mot *considérant* au début du huitième alinéa.

149. Le Tribunal poursuit son obstination en prétendant qu'on revient à la fin du préambule à "toute l'opération" en parlant de "la réalisation du projet" et du "bon fonctionnement de cette industrie".

150. Relisons donc cette partie du préambule:

"Considérant l'intérêt économique que présente un tel projet pour le Gouvernement du Sénégal.

Considérant la concordance des buts visés par la Société avec les objectifs et les orientations du plan élaboré par le Gouvernement de la République du Sénégal.

En vue de conférer à la Société Ouest-africaine des Bétons industriels 'SOABI' et à ses futurs partenaires dans ladite société les garanties juridiques, financières et fiscales nécessaires à la réalisation de ce projet et au bon fonctionnement de cette industrie.

Vu la loi no. 72-43 du 12 juin 1972 portant Code des investissements.

Les engagements réciproques ci-dessous ont été convenus et arrêtés entre les sous-signés."

151. La lecture de ces dispositions ne montre-t-elle pas bien le sens qu'il faut donner d'une part aux mots "le projet" et d'autre part à "l'industrie"? Le mot "projet" se réfère ici à l'investissement économique et le mot "industrie" à l'usine en tant qu'instrument technique. C'est pour l'investissement que le Sénégal a accepté de consentir à la Société SOABI une Convention d'établissement en accord avec le Code des investissements.

152. N'est-il pas dit dans le cinquième alinéa du préambule, après l'allusion à la construction de 15.000 logements:

"La réalisation d'un tel *programme* nécessite l'implantation d'un complexe industriel important, permettant la fabrication de 3.000 logements de surface moyenne par an, faisant ressortir une production journalière de 15 logements." (C'est moi qui souligne.)

153. Il apparaît donc bien que pour les Parties il y a le *programme* de construction de 15.000 logements qui est la deuxième phase et qui nécessite la construction du complexe industriel qui a fait l'objet de la Convention d'établissement et qui permettra la réalisation de l'unité industrielle qui est l'usine.

154. L'indication du montant de l'investissement qui est l'élément fondamental de toute convention d'établissement est certainement d'une importance capitale pour l'interprétation de la volonté des Parties quant à l'objet de la Convention du 3 novembre 1975.

155. Or, il est dit dans le préambule de la Convention d'établissement en son alinéa sept que "le montant des investissements à réaliser pour cette implantation est de l'ordre de 900 millions de francs CFA".

156. Je voudrais souligner qu'il est écrit "*des investissements*" et non "de l'investissement" ce qui montre bien que rien en ce qui concerne cette question n'est laissé de côté. Or, 900 millions c'est bien le prix de l'usine et non celui des 15.000 logements dont le coût est bien supérieur à cette somme.

157. La Convention d'établissement a donc pour unique objet la première phase de l'ensemble de l'opération dont le Gouvernement avait accepté la réalisation sur proposition de la SOABI.

158. Sur ces deux phases bien distinctes à tous points de vue les deux Parties étaient tout à fait d'accord.

159. Si les deux Parties sont d'accord sur l'existence de deux phases distinctes de l'opération SOABI, par contre elles se séparent quand il faut interpréter la Convention d'établissement. Le Gouvernement a défendu la thèse selon laquelle il faut s'en tenir aux obligations qui sont nées de la Convention d'établissement et se demander si le différend en cause met en jeu ces obligations, comme cela est prévu dans la clause compromissoire qui, rappelons-le, prévoit:

"Tout différend entre les Parties relatif à l'exécution de la présente convention ainsi que, d'une façon générale, aux droits et obligations qui en résultent pour chacune d'elles, est soumis à un arbitrage suspensif de plein droit, rendu dans les formes et conditions ci-après."

160. La SOABI par contre estime qu'il ne faut pas s'arrêter à la lettre de la Convention d'établissement et qu'il faut l'interpréter en se référant au Code des obligations civiles et commerciales en vigueur au Sénégal, notamment en ses articles 99, 101 et 103 (décision du 1er août 1984, par. 58). Le Tribunal a fait de même.

161. La faiblesse de cette position est évidente. Elle consiste à faire entrer, grâce à une interprétation extensive, dans la Convention d'établissement les "droits et obligations" qu'évoque la SOABI dans sa requête et qui n'y figurent manifestement pas. Adopter une telle position serait pour le moins opter pour une "interprétation... large ou libérale" pour reprendre les termes de la sentence (sentence, par. 4.10).

162. Néanmoins le Tribunal s'est rangé du côté de la SOABI et a préféré sa théorie de l'incorporation des Conventions des 24 juillet et 17 septembre 1975 dans la Convention d'établissement. Il s'est ainsi engagé dans une voie qui l'a amené à déformer

les positions des Parties et à minimiser ou à omettre certains arguments essentiels présentés par le Sénégal et sur lesquels je reviendrai plus loin.

163. Pourtant la décision du 1er août 1984 prévoyait déjà la voie que devait emprunter le Tribunal. En effet, au paragraphe 62 de cette décision, il est précisé que:

“Dans la mesure où le déclinatoire de compétence tente à démontrer que les Parties n'ont pas entendu soumettre le présent différend à la compétence du CIRDI et que la SOABI plaide, à l'opposé, que le différend est bien de ceux qui entrent dans la clause compromissoire prévue par la Convention d'établissement du 3 novembre 1975, le Tribunal se voit obligé, pour apprécier le bien-fondé du déclinatoire, de s'interroger de façon approfondie sur l'objet du différend, ce qui le conduirait obligatoirement à entrer dans le fond du débat.” (Décision, par. 62.)

164. Il apparaît ainsi que seul l'objet du différend pourrait éclairer le Tribunal. Or, cet objet s'étale en toute clarté dans la requête aux fins d'arbitrage de la SOABI, où il est dit à la page 1, sous le titre, “Objet du litige”:

“La SOABI demande à l'Etat du Sénégal la somme de cinq milliards quarante-huit millions six cent quatre-vingt mille six cent quatre-vingt neuf francs CFA en réparation du préjudice qu'elle a subi du fait de la rupture par cet Etat d'un contrat de construction de 15.000 logements sociaux.”

165. Il est donc clair que l'objet du litige c'est la rupture d'un contrat de construction de 15.000 logements. La voie que devait suivre le Tribunal était simple. Le problème était de savoir si cet objet du litige est bien dans la Convention d'établissement du 3 novembre 1975. Si oui, la compétence du Tribunal était indiscutable. Si non, le Tribunal n'avait pas à s'embarquer dans une interprétation extensive qui l'a conduit à cette décision par laquelle il prétend que le contrat du 17 septembre 1975 relatif à la construction des 15.000 logements se trouve “incorporé” dans la Convention d'établissement. Cette décision n'était pas en son pouvoir.

166. La SOABI, comme je l'ai rappelé plus haut, demandait au Tribunal d'interpréter la Convention d'établissement au regard du Code des obligations civiles et commerciales. Elle avait ainsi l'air de penser qu'il n'y avait pas de consentement écrit explicite. D'ailleurs, le Gouvernement n'a pas manqué de se prévaloir de cet argument en déclarant aux pages 3 et 4 de son mémoire additionnel au déclinatoire de compétence que “la SOABI a donc reconnu que les Parties n'avaient pas explicitement consenti à soumettre le présent différend à la compétence du CIRDI. A défaut de consentement explicite, la SOABI plaide le consentement implicite”. Ce qui est implicite, c'est ce “qui est impliqué, en l'absence de toute volonté exprimée, par la nature d'un acte ou d'un comportement... en sorte que l'on peut en admettre l'existence en dépit de ce silence, du fait de l'acte ou du comportement...” (voir *Vocabulaire juridique*, PUF 1987, p. 400). Or, le consentement implicite ne peut être admis dans la présente affaire puisqu'il n'y a pas de clause compromissoire dans les conventions relatives à la construction des 15.000 logements. Le Tribunal ayant alors perçu la faiblesse de l'argumentation de la SOABI, consistant à interpréter la Convention d'établissement du 3 novembre 1975, et reconnaissant ainsi que l'acceptation par le Gouvernement de se soumettre à l'arbitrage ne peut être qu'implicite (alors que l'article 25, paragraphe 1, de la Convention qui prescrit, rappelons-le, que les Parties doivent avoir consenti par

écrit à soumettre leur différend au Centre exige un consentement non équivoque) a inventé sa thèse de l'incorporation de la Convention du 17 septembre 1975 dans la Convention du 3 novembre 1975. Il est pour le moins étonnant que le pouvoir d'interprétation d'un contrat puisse se muer en blanc seing pour déduire tout ce qu'on veut des dispositions de ce contrat, en prétendant que c'est implicite. La volonté des Parties à la Convention de Washington est claire. Il faut un consentement écrit et non équivoque à l'arbitrage. Rappelons que ce qui est express c'est ce qui est “formellement exprimé; explicitement manifesté en général par écrit... parfois par la parole ou même par de simples signes ou gestes consacrés par l'usage” (voir *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 335). Or le contraire d'*express* c'est précisément *implicite*. Comment une chose pourrait-elle être à la fois écrite et implicite? Si la clause compromissoire dans le cas d'espèce est implicite, c'est qu'elle n'est pas expresse. Or si elle n'est pas expresse, c'est qu'elle n'est ni gestuelle ni orale ni écrite. C'est l'évidence.

166 bis. Ces constatations ne privent pas les tribunaux de leur pouvoir d'interprétation, bien sûr. Mais le cas présent n'était pas celui à l'occasion duquel un tel pouvoir pouvait s'exercer.

4. Examen de certains arguments qui militent pour l'absence de convention d'arbitrage régissant le présent différend

167. Le Tribunal a en outre minimisé des arguments importants et en a omis certains autres. Ces arguments avaient été présentés et amplement discutés par les Parties.

168. Certes un tribunal n'est jamais obligé d'examiner tous les arguments présentés par les Parties. Mais quand ces arguments sont manifestement susceptibles de faire pencher la décision dans un sens différent de celui choisi par ce tribunal, il me paraît imprudent de les minimiser ou de les ignorer. Au contraire il faut leur accorder une grande attention.

169. Je vais donc reprendre ces arguments pour essayer de montrer qu'ils concourent à la démonstration de la thèse selon laquelle la Convention d'établissement du 3 novembre 1975 et la convention d'arbitrage qu'elle contient ne concernent que l'usine.

a) *L'avenant SOABI*:

170. Le Tribunal a déclaré qu'il:

“a examiné les autres conventions conclues entre les Parties avant ainsi qu'après la conclusion de la Convention d'établissement, le comportement des Parties et les arguments des Parties développés respectivement pour soutenir ou rejeter le déclinatoire de compétence” (sentence, par. 4.12).

171. Pourtant, s'agissant précisément de la pratique des Parties, quand il a fallu au Tribunal interpréter la tentative de la SOABI d'apporter un avenant à la Convention d'établissement il a minimisé un argument capital présenté par le Gouvernement en y faisant référence par une simple note de bas de page. Je tiens pour ma part à y revenir.

172. En 1978 et 1979, la SOABI a soumis à l'approbation du Gouvernement une proposition d'avenant qui en fait était destinée à se substituer à la Convention d'étab-

lisement pour des motifs qui sont précisés dans le Livre blanc (p. 20 et 21). Après avoir rappelé les Conventions liant l'Etat du Sénégal d'une part à la SOABI et d'autre part à la Société Chapeaux, il est indiqué dans le Livre blanc:

"Bien qu'ils aient été souscrits près de deux années après la signature de la Convention d'établissement du 3 novembre 1975, les deux documents précités y font référence.

De fait, les délais de plusieurs des exonérations concédées sont expirés ou étaient près de l'être avant que la construction de l'usine ait réellement démarré.

Par ailleurs, la SOABI n'est pas titulaire du décret d'agrément exigé par l'article 7 de la loi no. 78-20 du 20 janvier 1978." (En fait il s'agit de l'article 6.)

173. Après ces constatations, il est conclu dans le Livre blanc:

"Pour les motifs qui précèdent (il s'agit des trois motifs ci-dessus) et aussi parce que notre Convention d'établissement fut rédigée en fonction de la loi 72-548 à présent abrogée, nous avons soumis une proposition d'avenant... dont il est urgent d'arrêter définitivement les modalités."

174. Cette tentative de soumettre au Gouvernement un avenant laisse présumer pour le moins que la SOABI n'était pas entièrement satisfaite du contrat existant.

175. L'étude de l'avenant doit donc pouvoir nous renseigner sur ce que la SOABI tenait à *introduire* dans la Convention du 3 novembre 1975.

176. Dans l'avenant qu'elle a soumis, la SOABI a essayé de faire figurer explicitement "la conception et la construction des 15.000 logements sociaux" dans l'article 1 consacré à l'objet de la Convention. Elle n'a pas manqué non plus de tenter de prévoir dans l'article 16 consacré à la taxe sur le chiffre d'affaire la disposition ci-après:

"Du fait du caractère social des constructions et afin de permettre aux nationaux d'acquérir un logement dans les meilleures conditions financières, la livraison à soi-même et les cessions de logement seront totalement exonérées de la taxe sur le chiffre d'affaires et des centimes additionnels." (P. 8 du déclinatoire de compétence du Gouvernement.)

177. Ainsi il apparaît, pour ne citer que ces deux dispositions, que la SOABI tenait à modifier l'objet et le contenu de la Convention.

178. Le Gouvernement, dans son déclinatoire de compétence, avait relevé que la SOABI avait reconnu l'absence de toute clause d'arbitrage en ce qui concerne la construction des 15.000 logements, puisque dans une lettre du 19 mars 1980, M. Seutin, écrivant au nom de la Société au Ministre de l'Urbanisme, de l'Habitat et de l'Environnement du Sénégal, lui disait ceci:

"S'il est vrai qu'il est de droit que le dommage causé à la SOABI en cas de carence de l'Etat à lui fournir les terrains viabilisés au fur et à mesure de ses besoins doit être réparé, nous pensons qu'il n'est pas superflu de prévoir une clause d'arbitrage qui évite ainsi les procédures judiciaires désagréables et coûteuses." (Déclinatoire de compétence, p. 9)

179. Et le Gouvernement ajoutait:

"Il est important de noter que la seule question traitée dans la lettre de M. Seutin était précisément celle de la viabilisation des terrains par l'Etat, objet du présent litige."

180. Il est indéniable que cette argumentation est importante, puisqu'elle montre qu'en mars 1980, c'est-à-dire à près de quatre mois de la rupture des relations contractuelles entre les deux Parties, un représentant de la SOABI estimait que le problème de la viabilisation des terrains n'était pas dans le champ d'application de la clause compromissoire de la Convention d'établissement. Or, c'est précisément notamment autour de cette question, comme le montre la requête de la SOABI, que tourne principalement le différend qui oppose la SOABI au Gouvernement. Un des reproches principaux que la SOABI fait au Gouvernement c'est qu'il n'a pas fourni les terrains viabilisés comme il s'était engagé à le faire.

181. Cette lettre est une pièce maîtresse dans le dossier de la présente affaire. Elle montre qu'il n'y avait dans l'esprit des représentants de la SOABI après leur vaine tentative d'élargir la Convention d'établissement, aucun espoir avant l'introduction de la présente affaire, de la faire juger par un tribunal arbitral formé dans le cadre du CIRDI puisque, encore une fois, M. Seutin essayait le 19 mars 1980 de passer avec le Gouvernement une Convention d'arbitrage au sujet du différend qui déjà se dessinait, différend que la SOABI dans sa requête (voir p. 3 de cette requête) a ainsi résumé:

"Depuis plusieurs conseils interministériels, au cours desquels la carence de l'Etat fut reconnue, l'Etat du Sénégal notifiera à la SOABI l'abandon du contrat de construction de 15.000 logements par lettre du 24 juillet 1980."

182. Il convient de souligner les mots: "abandon du contrat de construction de 15.000 logements". Or, le contrat en question c'est celui du 17 septembre 1975 et non la Convention d'établissement (à moins d'admettre la thèse de l'incorporation inventée par le Tribunal).

183. Certains autres arguments présentés par une Partie et discutés par l'autre ont été passés sous silence par le Tribunal.

184. Je crois pour ma part que la Convention d'établissement contient certaines dispositions sur lesquelles il serait intéressant de dire quelques mots à la suite des Parties. Il s'agit notamment du *montant de l'investissement*, du *nombre d'emplois à créer* et de la *clause selon laquelle la SOABI devait, après cinq ans, céder gratuitement au Gouvernement 50% des parts sociales*. Leur étude pourrait éclairer l'objet réel de la convention d'arbitrage.

185. La SOABI avait commencé par donner une grande importance à deux de ces questions, croyant y voir la démonstration que la Convention d'établissement ne pouvait que concerner la construction des 15.000 logements. Le Tribunal lui-même a semblé y attacher aussi un certain intérêt quant à la suite du débat.

186. Le Gouvernement a développé certains arguments pertinents. Dans sa sentence le Tribunal s'est abstenu de parler de ces questions alors qu'à mon avis il était de son devoir de les exposer et d'exposer les arguments développés par l'autre Partie pour appuyer sa propre thèse.

187. Avant d'examiner les questions concernées relatives l'une au nombre d'emplois prévus dans la Convention d'établissement et l'autre aux parts sociales que la SOABI devait donner gratuitement au Gouvernement, je vais relater un autre problème: les investissements.

b) Le montant des investissements

188. L'article 15 de la loi 72/43 du 12 juin 1972 portant Code des investissements de la République du Sénégal prévoit que le programme d'investissement des sociétés admises comme entreprises conventionnées devra porter sur un montant minimum de 500 millions de francs CFA en trois ans, avec une possibilité de dérogation en faveur d'entreprises "présentant un intérêt économique particulier eu égard aux objectifs du Plan". En application de cette disposition, l'article premier de la Convention d'établissement SOABI dispose que le montant des investissements est de l'ordre de 900 millions de francs CFA. Il apparaît nettement que si ce chiffre concernait à la fois l'édification de l'usine et la construction des 15.000 logements, il serait beaucoup plus important. La somme de 900 millions représentait précisément le prix initial que devait coûter l'usine de préfabrication des éléments en béton armé. C'est donc dire qu'en fixant le montant des investissements grâce auxquels la SOABI devait bénéficier des avantages du Code des investissements, les signataires de la Convention d'établissement n'avaient pas en vue autre chose que la construction de l'usine.

c) Le nombre d'emplois

189. Le Code des investissements de 1972 prévoit que les entreprises conventionnées doivent créer un minimum de 50 emplois permanents, de cadres et ouvriers sénégalais. Le dernier alinéa de l'article 4 de la Convention d'établissement prévoit que la Société devra créer pour l'implantation de son complexe industriel et son programme de construction 300 à 330 emplois sénégalais nouveaux. La SOABI avait tiré de ces nombres d'emplois la conclusion que leur importance ne peut se justifier que dans la mesure où les parties à la Convention avaient envisagé comme investissement justifiant l'attribution des avantages du Code d'investissement et donc l'existence de la Convention d'établissement, non pas seulement l'édification et le fonctionnement de l'usine, mais aussi la construction des 15.000 logements.

190. L'importance de cette disposition semblait apparaître aux yeux du Président du Tribunal qui, à l'audience du 18 juillet 1984, s'exprimera ainsi en posant des questions à l'une des Parties:

"si la Convention se borne à la construction d'usine, on n'a certainement pas besoin de 300 personnes pour l'usine". (Voir compte rendu.)

191. La suite des questions du Président montre en effet qu'il attachait au problème des emplois une certaine importance puisqu'il commençait ainsi son intervention: "encore quelque chose qui me fait hésiter d'accepter l'argumentation du Gouvernement".

192. Au cours de la procédure, le Gouvernement, par la voix de ses conseils, a fait la démonstration, en se basant sur des informations fournies par la SOABI elle-même et figurant au dossier, que la seule construction et le fonctionnement de l'usine peuvent

permettre d'utiliser près de 300 personnes. Il faut souligner que si au contraire la Convention d'établissement au lieu de concerner seulement la construction et le fonctionnement de l'usine s'appliquait aussi à la construction des 15.000 logements, ce n'est pas le chiffre de 300 à 330 emplois qui seraient retenu mais un chiffre bien plus grand.

193. En effet, quand en 1978 et 1979 la SOABI a essayé de faire signer par le Gouvernement du Sénégal un avenant à la Convention d'établissement pour y inclure expressément la construction des 15.000 logements, elle a prévu dans son projet à l'article 4 un alinéa ainsi conçu:

"La SOABI devra créer, pour l'implantation de son complexe industriel et son programme de construction, 800 à 850 emplois sénégalais nouveaux."

194. Il apparaît donc que, si en 1975 la construction des 15.000 logements était bien dans l'optique des signataires de la Convention d'établissement, ce ne sont pas 300 à 330 emplois qui auraient été prévus, mais bien plus du double.

195. Pourquoi donc le Tribunal n'a-t-il pas discuté d'un problème aussi important—j'allais dire déterminant—quant à l'interprétation de la Convention d'établissement? Il était de son devoir de le faire. Il lui appartenait alors de réfuter l'argument qui en découle en émettant son rejet par des motifs acceptables ou de reconnaître la validité de cet argument et de lui donner effet.

d) Les parts gratuites prévues en faveur de la République du Sénégal

196. L'article 3 de la Convention d'établissement prévoit qu'après cinq ans et la construction de 15.000 logements, la SOABI devait doubler le nombre de ses actions sans augmenter son capital et remettre gratuitement ces parts à l'Etat du Sénégal pour que celui-ci possède directement ou indirectement une participation de 50% dans le capital de la Société. Au cours des débats, la SOABI a fait valoir que cette disposition ne pouvait se comprendre que dans le cadre de la construction des 15.000 logements et qu'elle ne pouvait guère se justifier par le seul fait de la construction et du fonctionnement de l'usine.

197. Les deux autres membres du Tribunal, pendant les premières audiences tenues à Paris les 17 et 18 juillet 1984, ont semblé donner une grande importance à cet argument de la SOABI (voir les pages 15 et 16 du compte rendu d'audience pour le juge Jean Van Houtte, et la page 127 pour le Président Aron Broches). En ce qui le concerne, le Président disait notamment:

"pour de simples exonérations ici, il me semble que cela soulèverait au moins deux questions si l'on n'a pas à l'esprit quelque chose qui aille au-delà des avantages fiscaux, c'est-à-dire si cela ne fait pas entrer les conventions antérieures".

198. Pendant les audiences de juillet 1984, Me Valantin, un Conseil de la République du Sénégal, s'est longuement expliqué sur cette question. Il a montré à profusion que depuis l'accession du Sénégal à l'indépendance, cet Etat est intervenu dans le secteur économique de plusieurs façons, cherchant souvent à détenir la majorité des parts sociales pour exercer un certain contrôle sur les entreprises qui exercent leurs activités au Sénégal.

199. Concrètement, l'avantage que l'Etat pouvait tirer de l'attribution par la SOABI et à son profit de 50% du capital social était la contrepartie du manque à gagner résultant des avantages considérables qu'il avait lui-même consentis à la Société. A la page 13 du compte rendu des débats, le Conseil s'exprimait ainsi:

"Les exonérations fiscales, la stabilisation du régime fiscal, représentent des montants considérables qui, combinés avec une saine gestion, permettent de dégager des produits significatifs. L'investisseur qu'est l'Etat ne saurait y renoncer et il paraît dès lors normal que l'octroi des avantages du Code des investissements reçoive en contrepartie sans versement de numéraires une part correspondant à sa participation au capital des dites sociétés."

200. Et Me Valantin de donner des exemples nombreux et précis dans lesquels l'Etat a reçu des avantages comparables à ceux qui lui étaient consentis par la SOABI sous la forme d'une attribution gratuite après cinq ans de la moitié du capital social. Il est certain que cette période de cinq ans était particulièrement importante car très souvent les entreprises qui s'installent dans les pays en voie de développement arrivent à réaliser un bénéfice couvrant leurs dépenses dans un temps relativement court. Il faut bien noter comme on le verra plus loin que dans l'esprit des partenaires de l'opération SOABI (le Gouvernement et la SOABI) il y avait deux phases qui devaient être séparées juridiquement et économiquement. Dans le cas d'une usine de préfabrication d'éléments en béton armé devant approvisionner un programme de 15.000 logements on pourrait assurément au bout d'une période de près de cinq ans réaliser l'amortissement de ses dépenses. C'est certainement cela qui explique ce délai de cinq ans.

II. LES CIRCONSTANCES DE LA PRESENTE AFFAIRE NE PERMETTAIENT PAS AU TRIBUNAL DE SE DECLARER COMPETENT

1. Relation des faits

201. Pour encore mieux appréhender le caractère limité de la clause compromise, revenons sommairement sur les faits. Ils peuvent se décrire ainsi:

202. Le 24 juillet 1975, la République du Sénégal conclut avec la Société NAIKIDA, de nationalité panaméenne, une convention provisoire dont l'objet est ainsi conçu: construction de 15.000 logements socio-économiques. Cette société était représentée par M. Jean Baudoux, son fondé de pouvoirs. Aux termes de cette convention, la Société NAIKIDA, le promoteur, s'engageait à construire pour le maître de l'ouvrage, le Sénégal, un ensemble de 15.000 logements à réaliser dans un délai de cinq ans. A la convention était annexée une note dans laquelle il était prévu trois types de logements servant de modèles avec l'indication des prix. Les constructions devaient être édifiées sur des terrains viabilisés à désigner par le maître de l'ouvrage, dans un rayon maximum de 100 km de Dakar et principalement dans un quartier dit Pikine. Il était également prévu que, pour la réalisation de ce programme, la Société NAIKIDA, le promoteur, devait constituer une société industrielle de droit sénégalais

qui serait propriétaire de l'usine de préfabrication des éléments en béton armé devant servir à la construction des logements.

203. Il est extrêmement important de noter dès à présent pour la compréhension de la Convention d'établissement que la Société NAIKIDA, qui doit construire l'usine, n'est pas la société propriétaire de l'usine, ce qui montre qu'il y a une distinction juridique et économique entre les deux activités.

204. Une société de commercialisation devait aussi être créée, et le Gouvernement du Sénégal devait bénéficier de 50% des parts sociales, tant de la société propriétaire de l'usine que de la société de commercialisation. La Société NAIKIDA devait obtenir en faveur de la société propriétaire de l'usine un prêt de six milliards de francs CFA avalisés par le Gouvernement du Sénégal.

205. L'article 4 prévoyait que les modalités de remboursement seront précisées lors de l'élaboration de la convention définitive.

206. Le 17 septembre 1975, la République du Sénégal signait avec la SOABI, une société de droit sénégalais en formation, représentée par M. Jean Baudoux, une convention définitive dont l'objet est ainsi intitulé:

"Construction de 15.000 logements socio-économiques en République du Sénégal."

207. L'article premier de cette convention précise que les formateurs de la SOABI s'engagent à réaliser dans un délai de cinq ans 15.000 logements à caractère socio-économique, tels que définis par les plans remis lors de la signature de la Convention du 24 juillet 1975 et joints à la nouvelle convention.

208. La nouvelle convention prévoit à peu près les mêmes dispositions que la Convention du 24 juillet 1975. Cependant, il y a une innovation importante: c'est la SOABI qui construira l'usine et qui en deviendra propriétaire et non plus une autre société. Les dispositions relatives à l'engagement à construire 15.000 logements, à la fourniture de terrains viabilisés par le Gouvernement du Sénégal, à l'attribution de 50% des parts sociales de la SOABI et de la société de commercialisation, à l'emprunt de 6 milliards de francs CFA qui existaient dans la Convention du 24 juillet 1975 sont reprises dans la Convention du 17 septembre 1975. Une disposition spéciale prévoit les règlements qui doivent être effectués à la SOABI.

209. Il faut noter aussi que dans la Convention du 17 septembre 1975, il n'y a plus aucune trace de l'alinéa 3 de l'article 4 de la Convention du 24 juillet 1975, qui parlait d'une "convention définitive" à venir, ce qui contredit catégoriquement les affirmations de la SOABI, contenues dans sa requête d'arbitrage et selon lesquelles:

"En exécution de cet accord matérialisé par deux contrats préalables, un contrat définitif du 3 novembre 1975 et plusieurs conventions particulières d'exécution, la SOABI commença la réalisation du projet."

210. Il convient ici de faire une remarque importante: cette Convention du 17 septembre 1975 se suffit à elle-même. Elle concerne la construction de logements économiques. La SOABI n'était pas la première société à construire au Sénégal des logements de cette nature. Le Code des investissements alors en vigueur venait d'être

élargi en 1972 aux investissements relatifs au tourisme. Mais il n'englobait encore que trois catégories d'investissements: les activités industrielles, touristiques ou de recherche.

211. En principe, la construction de logements n'entrait pas dans le champ d'application du Code. Un Conseil du Sénégal s'en est expliqué amplement à l'occasion des audiences qui ont été tenues à Paris par le Tribunal, les 17 et 18 juillet 1984. En effet, Me Valantin, parlant au nom du Sénégal, s'exprimait ainsi:

"La construction de logements sociaux ou autre ne figure donc pas dans le champ d'application du Code. Elle ne figure pas plus dans le Code de 62, dans le Code de 65, dans le Code de 72, que dans les Codes de 78 et de 81. Si le législateur a élargi et précisé le domaine du Code des investissements, je répète, il s'est toujours refusé à y inclure la construction de logements sociaux. La loi 81/50 du 10 juillet 1981, qui est le Code actuel en vigueur au Sénégal, énumère les secteurs touchés par le Code. Il les précise aussi par rapport à ses prédécesseurs: l'industrie, l'agriculture, l'élevage, les eaux et forêts, la pêche, la production d'énergie, le tourisme, la recherche et les exploitations minières, le transport aérien, ferroviaire et maritime, les télécommunications." (Voir compte rendu, p. 6 et 7.)

212. Le Conseil ajoutait:

"On peut se poser d'ailleurs la question de savoir pourquoi le Gouvernement et le Parlement, qui ont concurremment l'initiative des lois, n'ont jamais cherché à donner les avantages du Code à des opérations de construction de logements sociaux, secteur unanimement jugé prioritaire, dans la demande sénégalaise d'habitations à loyers modérés, fait une forte et permanente pression sur les pouvoirs publics."

213. Le Conseil a alors donné ce qu'il considère comme étant les explications de cette politique.

214. Il faut aussi remarquer que la Convention du 17 septembre 1975 ne contient pas de clauses de règlement de différends. C'est dire que ce sont les tribunaux sénégalais qui auraient été compétents si un différend surgissait après la date du 17 septembre 1975. A ce propos, il convient de signaler une disposition. Il s'agit de l'article 8 aux termes duquel:

"Il est spécifié que les clauses stipulées aux articles 4 et 5 sont des conditions suspensives et devront, à peine de nullité, être remplies dans un délai de six mois fermes à compter de la date de signature de la présente convention."

215. Le 3 novembre 1975, la République du Sénégal et la SOABI, représentées par M. Jean Baudoux, signaient une Convention d'établissement. Cette convention est intitulée: "Convention d'établissement relative à une usine de préfabrication d'éléments en béton armé". Dans un long préambule, elle reprend le processus du programme de construction de 15.000 logements et en arrive à son objet, à savoir l'investissement que constitue la construction de l'usine de préfabrication et d'éléments en béton armé devant servir à la construction des 15.000 logements. J'ai essayé d'analyser le préambule de cette convention et de critiquer à l'occasion les commentaires que le Tribunal en fait.

216. Ce préambule se termine par une phrase sur laquelle je tiens à attirer l'attention. Elle est ainsi libellée: "les engagements réciproques ci-dessous ont été convenus et arrêtés entre les soussignés". Il en résulte que c'est dans cette convention qu'il faut trouver tous les engagements réciproques des Parties et non comme le prétend le Tribunal dans son jugement dans d'autres conventions signées avant celle du 3 novembre 1975.

217. Le titre I de la Convention d'établissement est intitulé: "Obligations et champ d'application".

218. L'article premier, dont le titre est: "Objet et champ d'application", précise que la SOABI s'engage à construire un complexe industriel et indique que le montant des investissements est de l'ordre de 900 millions de francs CFA. Il n'y est pas question de la construction des 15.000 logements.

219. L'article 2 (délai de réalisation) prévoit que la SOABI s'engage à réaliser le programme défini à l'article premier (donc la construction d'un complexe industriel dans un délai de cinq ans).

220. Ce délai peut surprendre. Mais il faut préciser qu'il s'agit d'un temps limite.

221. L'article 3 est relatif à la participation de l'Etat à la Société. Il indique qu'après cinq ans et la construction de 15.000 logements, la Société s'engage à doubler le nombre de ses actions sans augmenter son capital et à mettre gratuitement à la disposition de l'Etat 30% des actions. (Il est convenu qu'il s'agit, comme cela a été précisé plus tard, de 50% et non de 30%.) L'article 3 prévoit aussi que dans le cas où la SOABI constituerait une société d'épargne-logement et de commercialisation l'Etat recevrait 5% des bénéfices nets et 50% des actions.

222. On remarquera que l'article 3 ne crée en rien les obligations de la SOABI relatives à la construction de 15.000 logements pas plus qu'il n'est la source du délai de cinq ans. Il y a simplement deux références: l'une relative au temps (cinq ans) et l'autre à un fait (la construction de 15.000 logements) pour marquer le point de départ des avantages consentis à l'Etat par la SOABI.

223. L'article 4 (utilisation de la main-d'oeuvre sénégalaise) traite de l'utilisation de la main-d'oeuvre sénégalaise et de sa formation. Il fixe le nombre des emplois à créer de 300 à 330. A cet effet, il indique:

"la Société devra créer pour l'implantation de son complexe industriel et son programme de construction 300 à 330 emplois sénégalais nouveaux".

Il va sans dire que le "programme de construction" vise ici la construction des panneaux de préfabrication de l'usine puisque s'il s'agissait de la construction des 15.000 logements, ce sont 800 à 850 emplois qui seraient prévus comme je l'ai déjà montré.

224. Les articles 6 à 14 sont des dispositions que l'on retrouve habituellement sous des formes différentes ou semblables, dans des conventions du même type. On pourrait juste attirer l'attention sur l'article 14 (droits de douane et taxes perçues à l'entrée) ainsi conçu:

"Les matériels et matériaux ni produits [ni] fabriqués au Sénégal et dont l'importation est nécessaire à la réalisation du programme agréé, bénéficieront pendant trois ans de l'exonération des droits et taxes perçus à l'entrée.

Bénéficieront également du même régime les pièces de rechange, les biens de remplacement, les pièces détachées reconnaissables comme spécifiques desdits matériels importés dans un délai de cinq ans pour compter de la date d'entrée en vigueur de la présente convention."

225. Ces dispositions éclairent aussi sur l'objet du programme.

226. L'article 15 (les droits de mutation) est ainsi conçu:

"La Société pourra être exonérée des droits de mutation sur les acquisitions de terrains situés en dehors de la région du Cap-Vert."

"Les clients de la Société bénéficieront des mêmes avantages que les clients des organismes étatiques s'occupant de l'immobilier."

227. Cette disposition, on le voit, n'incite en rien à décider que la Convention d'établissement a "incorporé" la Convention du 17 mars 1975. Elle sert simplement par référence à accorder certains avantages à la SOABI.

228. Enfin, le titre VI (arbitrage) prévoit la compétence du CIRDI en ce qui concerne les différends relatifs à l'exécution de la Convention et, d'une façon générale, aux droits et obligations qui en résultent pour chacune des Parties.

229. C'est évidemment cet article qui est le noeud du débat relatif à la compétence. Le Tribunal ne peut se déclarer compétent que s'il démontre que le présent différend a sa source dans la Convention elle-même ce qu'il n'a pas été à même de faire.

2. *Interprétation de la Convention du 3 novembre 1975*

230. Quelle que soit la méthode d'interprétation utilisée on ne peut que conclure que le présent différend ne concerne pas la Convention d'établissement.

231. Le Tribunal quant à lui s'est lancé dans une interprétation de la Convention du 3 novembre 1975, interprétation qui, à mon avis, a manifestement dénaturé la volonté des Parties. Il s'est ainsi arrogé un pouvoir qu'il n'avait pas, qu'il ne peut pas avoir. Ce faisant, il a violé l'article 100 du Code des obligations civiles et commerciales.

232. La Convention de 1965 exige en son article 25, paragraphe 1, un consentement exprès de la part de l'Etat pour que la compétence du CIRDI puisse exister. Le Tribunal dit, je le cite, qu'

"il est constant que le texte même de la Convention d'établissement ne contient pas de stipulations explicites quant aux droits et obligations contractuels relatifs à la construction des 15.000 logements" (sentence, par. 4.5).

Il ajoute:

"La SOABI, Partie demanderesse, a défini l'objet du litige comme étant la réparation du préjudice qu'elle a subi du fait de la rupture par le Gouvernement d'un contrat portant sur la construction de 15.000 logements sociaux."

233. Ces deux citations suffisent à montrer que dans la logique même du Tribunal, celui-ci devait se déclarer compétent. En effet, selon le Tribunal, il n'y a pas de stipulations explicites dans la Convention d'établissement, s'agissant des droits et obligations contractuels relatifs à la construction des 15.000 logements. Or, l'objet du litige, c'est la non-construction des 15.000 logements. C'est dire que l'objet du litige est en dehors des droits et obligations couverts par la clause compromissoire. On se demande dès lors par quel subterfuge il serait possible de réintroduire la compétence du Tribunal.

234. Le Tribunal souligne par ailleurs: "Selon la SOABI, le contrat liant les Parties" (il s'agit de la Convention d'établissement) aurait "expressément prévu cette compétence" (il s'agit de la compétence du CIRDI). Véritablement on croit rêver.

235. Le préambule de la Convention d'établissement, sur lequel le Tribunal a essentiellement fondé son raisonnement pour se déclarer compétent, renvoie expressément aux engagements réciproques dont les Parties sont convenues et qu'elles ont arrêtés en des termes non équivoques: "les engagements réciproques ci-dessous ont été convenus et arrêtés entre les soussignés" et qu'aucune disposition de la Convention ne prévoit en tant que droits ou obligations quoi que ce soit qui puisse être rattaché à juste titre à la construction des 15.000 logements. Il est constant que la seule disposition qui prévoit la compétence du CIRDI dans cette Convention d'établissement est ainsi conçue:

"Tout différend entre les Parties relatif à l'exécution de la présente Convention ainsi que d'une façon générale aux droits et obligations qui en résultent pour chacune d'elles est soumis à un arbitrage suspensif de plein droit rendu dans les formes et conditions ci-après."

236. Pour schématiser, on pourrait dire que:

237. Pour la SOABI, l'objet du litige porte sur la rupture du contrat de construction des 15.000 logements. Donc, le CIRDI est compétent puisque la Convention d'établissement prévoit sa compétence et que le litige dont il s'agit résulte bien des obligations des Parties telles que ces obligations sont prévues par la Convention d'établissement.

238. Pour le Gouvernement et pour la SOABI les différends qui sont de la compétence du CIRDI sont ceux qui portent sur des engagements figurant dans la Convention d'établissement.

239. Pour le Tribunal, les droits et obligations des Parties relatifs à la construction des 15.000 logements ne figurent pas de façon expresse dans la Convention d'établissement. Ils figurent dans les Conventions de juillet et de septembre 1975 qui peuvent être considérées comme incorporées dans la Convention d'établissement.

240. Voilà comment l'on peut résumer les différentes positions. Je crois qu'il n'est même pas nécessaire d'ajouter un commentaire supplémentaire à ce qui précède tant il apparaît que le Tribunal a outrepassé ses pouvoirs. Sa construction ne tient que parce qu'il a décidé sans le démontrer que les Conventions de juillet et septembre 1975 sont incorporées dans la Convention d'établissement. Or il est désormais clair que cela est tout à fait inexact.

241. Quand le Gouvernement a voulu opérer d'accord avec son cocontractant une incorporation, il n'a pas manqué de le préciser. C'est ce qu'il a fait dans la Convention d'établissement le liant à la Société HAMO où il est parlé de

"tout différend entre les Parties relatifs à l'exécution de la présente Convention et des textes qui en découlent ainsi que d'une façon générale les droits et obligations en résultant pour chacun" (c'est moi qui souligne).

242. Il était loisible aux Parties d'écrire dans la Convention d'établissement:

"tout différend entre les Parties relatif à l'exécution de la présente Convention et des Conventions de juillet et septembre 1975 ainsi que d'une façon générale aux droits et obligations qui en résultent pour chacune d'elles est soumis à un arbitrage suspensif de plein droit rendu dans les formes et conditions ci-après".

Elles ne l'ont pas fait. Telle était leur volonté.

243. Alors ma question est celle-ci: le Tribunal pouvait-il faire fi de la volonté des Parties et violer ostensiblement l'article 25 de la Convention de 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, et prétendre que le CIRDI est compétent pour connaître du présent différend? La réponse doit être "non".

244. Et il faut bien s'entendre. Ce n'est pas parce que la SOABI est demanderesse que le Tribunal est incompétent. C'est parce qu'il n'y a pas entre les parties un accord de compromis pour commettre au CIRDI le litige qui les oppose. C'est pourquoi je vois mal les raisons pour lesquelles le Tribunal a jugé utile d'affirmer que:

"S'il l'avait voulu, le Gouvernement aurait pu soumettre son différend avec la SOABI au CIRDI en vertu du titre VI de la Convention d'établissement. Le Tribunal constitué pour juger le cas aurait eu à appliquer la Convention d'établissement aussi bien que la Convention du 17 septembre 1975 qui y est incorporée. S'agissant d'un contrat synallagmatique, la compétence du CIRDI ne saurait évidemment être limitée aux seules procédures instituées par le Gouvernement mais s'étend également aux procédures d'arbitrage à l'initiative de la SOABI, au motif ou bien que le Gouvernement aurait manqué à ses obligations découlant de la Convention du 17 septembre 1975 à travers l'article 2 de la Convention d'établissement, ou qu'il aurait empêché la SOABI d'exécuter ses propres obligations." (Sentence, par. 4.31.)

245. Le Tribunal s'est même donné la peine d'invoquer la jurisprudence de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, C.I.J. Recueil 1984, p. 410, par. 39) pour dire avec elle que "la compétence de la Cour à l'égard d'un Etat ne dépend pas de la situation de défendeur ou demandeur que cet Etat occupe dans la procédure", comme si ce truisme sorti du contexte particulier des circonstances de l'affaire citée pouvait lui être d'un quelconque secours ici. Dans l'affaire en question le comportement non ambigu du Nicaragua, en l'occurrence son long silence devant une série de faits soigneusement inventoriés par la Cour et tendant à démontrer que le Nicaragua se considérait comme lié par sa déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour, ne pouvait selon la Cour "s'interpréter que comme une acceptation du classement [opéré pour certaines publications officielles rangeant le Nicaragua

parmi les Etats ayant accepté la compétence obligatoire de la Cour] qui lui était ainsi attribué". Il ne sert à rien d'affirmer que "le Gouvernement aurait pu soumettre son différend avec la SOABI au CIRDI". C'est inexact. Il ne sert à rien non plus de dire que la SOABI accepte par son action même la compétence du CIRDI. Ici, on est bien loin du cas du Sénégal dans la présente affaire et je ne vois point le lien de similitude entre les deux espèces qui a pu renforcer l'opinion du Tribunal et l'amener à se déclarer compétent.

246. L'opération SOABI était un grand projet comportant deux phases bien individualisées que les Parties tenaient à distinguer tant sur le plan juridique qu'économique et financier. Seule la première de ces phases a fait l'objet d'une Convention d'établissement. Elle a été seule exécutée, comme si les événements se mêlant à la partie voulaient démontrer le caractère indépendant des deux phases.

247. Sur la valeur de cette affirmation, c'est la Convention du 24 juillet 1975, signée, on se le rappelle, entre la République du Sénégal et la Société NAIKIDA, qui nous renseigne le mieux. Dans cette Convention il est bien indiqué que la Société NAIKIDA (dont la SOABI a pris la place) et qui est désignée "le promoteur" dans la Convention, s'engage à construire, pour le compte du Sénégal, un ensemble de 15.000 logements minimum du type économique dans un délai de cinq ans" (art. 1).

248. Ainsi cette phase est singularisée par rapport à l'autre phase, à savoir la construction de l'usine. Et pour bien marquer cette singularisation les Parties prévoient dans l'article 3 de la Convention que la Société NAIKIDA, pour la réalisation du programme (ici le mot n'a aucun sens équivoque), s'engage à constituer une société industrielle de droit sénégalais; et c'est précisément cette société en question et non pas NAIKIDA qui devait être propriétaire de l'usine de préfabrication de béton armé. Cette société propriétaire devait avoir son siège à Dakar, alors que la Société NAIKIDA avait son siège à Panama. C'est cette même société, propriétaire de l'usine, qui devait céder gratuitement au maître de l'ouvrage 50% de son actif de départ à la fin de la cinquième année sociale—chaque mot ici a une importance capitale. On voit alors ici que la mention de la construction des 15.000 logements n'avait qu'une valeur de référence puisque les deux séries de droits et d'obligations naissent en faveur de deux sociétés totalement distinctes.

249. La Société NAIKIDA s'engageait en outre à obtenir un prêt de 6 milliards de francs CFA pour la société propriétaire de l'usine et ce prêt devait être mis à la disposition du Sénégal dans les trois mois.

"Après ratification de tous les documents indispensables à la bonne fin des travaux, c'est-à-dire, à titre d'exemples, approbation des plans, admission au bénéfice des dispositions du Code sénégalais des investissements de la société propriétaire de l'usine de préfabrication." (Art. 4 de la Convention. C'est moi qui souligne.)

250. Il apparaît clairement qu'il y avait deux choses bien distinctes et deux sociétés séparées, chacune chargée de l'une des deux phases du grand projet. Il y avait la phase de construction de logements à la charge de NAIKIDA et qui était en dehors du champ du Code des investissements, et il y avait la phase de la construction du complexe industriel à la charge de la future "société propriétaire de l'usine", phase qui était

seule dans le champ du Code des investissements. Dire qu'il n'y avait aucun rapport entre les deux phases serait nier l'évidence. Mais l'existence de tels rapports était-elle suffisante pour imposer à l'une des Parties l'obligation de se soumettre à un arbitrage qu'elle n'a accepté que pour l'une des deux phases, sous le fallacieux prétexte d'un prétendu pouvoir d'interprétation? On voit aisément les dangers d'une telle pratique qu'assurément les Parties à la Convention de Washington n'ont jamais pu accepter a priori.

251. L'article 3 de la Convention NAIKIDA du 24 juillet 1975 prévoyait d'ailleurs aussi la création d'une société de commercialisation qui, elle non plus, ne devait pas bénéficier des avantages du Code des investissements. Et cela personne ne le conteste. Pas même le Tribunal.

252. Jusque-là les choses étaient donc parfaitement claires. Moins de deux mois après la signature de la Convention NAIKIDA, la SOABI, société créée au Sénégal pour des raisons faciles à deviner, se substitue à la fois à la Société NAIKIDA et à la société propriétaire de l'usine. Et c'est peut-être à partir de ce moment que l'on peut être induit en erreur. Mais il y a tout simplement un dédoublement fonctionnel de la nouvelle société, la SOABI. Elle se charge des deux phases qui néanmoins restent distinctes. En effet, la substitution de la SOABI à NAIKIDA et à la société propriétaire de l'usine postule le dédoublement des fonctions de la SOABI qui reste, d'une part une société chargée de construire 15.000 logements et, d'autre part, une société chargée de construire l'usine de préfabrication des éléments en béton armé. Ce dédoublement, qui a permis à la SOABI de remplir les deux fonctions, ne doit pas cacher la réalité, qui est la distinction très nette, conformément à la doctrine du Gouvernement rappelée par son Conseil et à la lettre de la Convention d'établissement, entre la construction des 15.000 logements qui n'est pas admise au titre de la Convention d'établissement, et l'investissement relatif à la construction de l'usine qui seule a été l'objet de cette Convention d'établissement du 3 novembre 1975.

253. A mon avis toute autre interprétation des accords clairs passés par les Parties viole l'article 25 de la Convention de 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Selon moi, c'est ce dont le Tribunal s'est rendu coupable.

C. LA RESPONSABILITE

254. Dans sa sentence, le Tribunal a abordé la question des "faits de la SOABI [qui] doivent...être pris en compte pour l'évaluation de la 'chance perdue' qui constitue le préjudice que le Gouvernement est obligé de réparer" (sentence, par. 7.16). Ainsi il pose le problème bien connu en droit sénégalais des "faits non fautifs". Il le fait non à l'occasion de l'étude de la responsabilité mais au moment de l'examen du gain manqué réclamé par la SOABI.

255. Pour le Tribunal:

"l'importance de ces aléas a été accrue du fait des retards dans l'exécution du programme établi par la convention de septembre 1975 pour la mise en place d'un prêt de six milliards de FCFA avec l'aval de l'Etat et pour la commande de l'usine de préfabrication. Selon l'article 8 de cette convention les négociations de l'emprunt et de la commande de l'usine étaient des conditions suspensives, à être remplies sous peine de nullité dans un délai de six mois après la signature de la convention. Les délais n'ont pas été respectés, mais le Tribunal a conclu que les conditions suspensives ont été tacitement abandonnées par les Parties (No. 5.55 ci-dessus). Si on ne se trouve donc pas en présence de fautes contractuelles de la SOABI il n'en reste pas moins qu'à cause du manque de la SOABI d'exécuter le programme comme prévu, la passation de la commande de l'usine a été retardée de deux ans et que le programme devait se dérouler dans une conjoncture progressivement moins favorable que celle de l'année 1975." (Sentence, par. 7.15.)

256. Il poursuit en relatant:

"On a soulevé au sein du Tribunal un autre raisonnement aboutissant également à une atténuation de la responsabilité du Gouvernement et fondé sur la Loi sénégalaise No. 77-64 du 26 mai 1977 modifiant le C.O.C.C. Cette loi a ajouté un troisième alinéa à l'article 121 du C.O.C.C., intitulé Imputabilité, dont les deux premiers alinéas se lisent comme suit:

'Il n'y a pas de faute si l'auteur du dommage était par son état naturel dans l'impossibilité d'apprécier son acte.'

'Cette règle est applicable aux divers régimes particuliers de responsabilité organisés par le chapitre II du présent titre.'

Le problème posé par ce texte était de savoir si un fait non fautif, au sens du premier alinéa, par exemple un acte d'un enfant, qui concourt avec le fait du défendeur à la réalisation du dommage, peut emporter une réduction partielle des droits de la victime. Cette question fut résolue par le troisième alinéa qui a été ajouté à l'article 121 par la Loi de 1977:

'Toutefois, tout acte peut obliger l'auteur du dommage à réparation ou être pris en compte pour l'exonération partielle ou totale prévue au présent titre.'¹

(Sentence, par. 7.17.)

"Ce texte se prête à deux interprétations opposées. Selon la première, il énoncerait une règle générale quant à l'effet d'un 'fait non fautif' de la victime sur la responsabilité de l'auteur du dommage. Selon l'autre, la place du texte dans l'article 121 et sa liaison avec les alinéas précédents par le vocable 'toutefois' indiqueraient qu'il s'agit dans l'espèce d'une dérogation à la règle de portée limitée énoncée au premier alinéa. Vu la conclusion à laquelle le Tribunal est arrivé au No. 7.16, il ne lui apparaît pas nécessaire de prendre position sur cette controverse." (Sentence, par. 7.18.)

257. Pour ma part je crois nécessaire de prendre position sur le problème ainsi posé à cause de ses implications quant à la responsabilité dans la présente affaire.

258. Pourtant le Tribunal a tenu compte du fait que la SOABI a manqué "d'exécuter le programme comme prévu" dans l'évaluation du gain manqué. Mais j'estime que cette prise en considération partielle est insuffisante et que le raisonnement du Tri-

¹ C'est le Tribunal qui souligne. Le titre est: "le délit" et s'applique sans distinction aux responsabilités contractuelles et délictuelles.

bunal, en ne plaçant pas "les faits" (moi je dirais "les fautes") de la SOABI dans leur vrai cadre: la responsabilité, dénature le droit sénégalais relatif à la faute.

259. Il faut bien sûr faire la différence entre l'existence d'une faute et la possibilité pour le Gouvernement de se prévaloir d'une résiliation-sanction pour faute du cocontractant: l'existence d'une faute de la SOABI peut difficilement être niée (et le Tribunal reconnaît les faits imputables à la SOABI même s'il leur donne une honorable qualification), mais l'occasion n'a pas été saisie par le Gouvernement en vue d'une résiliation-sanction. A ce propos le gouvernement n'a qu'à s'en prendre à lui-même.

260. Je crois en effet qu'il faut bien faire ressortir que la résiliation pour faute est une procédure qui nécessite un minimum de formalités afin de mettre en demeure le cocontractant de l'Administration pour qu'il accomplisse ses obligations. Sur ce point les développements du Tribunal (sentence, par. 5.35) sont corrects et je les partage notamment quand il est souligné que:

"Le Tribunal estime qu'abstraction faite du caractère plus ou moins formel d'une mise en demeure, elle doit au moins notifier la partie défaillante sans ambiguïté qu'elle est en défaut, la sommer d'exécuter ses obligations, et être accompagnée d'un avertissement des sanctions auxquelles la partie adverse se réserve le droit d'avoir recours. Mais il n'en est rien dans le cas d'espèce. Certes, le Ministre de l'Urbanisme avait demandé à la SOABI de revoir ses prix pour arriver à un montant de 3.000.000 Francs CFA, et la SOABI avait répondu que ce prix n'était pas justifié dans les circonstances, mais il n'y avait aucune menace explicite ou implicite de résiliation pour faute. Au contraire, les Parties ont continué de chercher des solutions pour le financement des acquéreurs, et la viabilisation des terrains, tandis que la question des prix restait à l'étude. Finalement, le ton ainsi que la teneur de la lettre du 24 juillet 1980 sont incompatibles avec la notion qu'elle aurait été précédée par une mise en demeure."

261. Le déclenchement de la procédure de résiliation-sanction nécessite une mise en demeure qui, bien que n'étant pas définie dans ses formes par le Code des obligations de l'Administration, doit pour le moins se manifester sans équivoque et exprimer une injonction adressée par l'Administration à son cocontractant, à exécuter ses obligations sous la menace expresse ou non de la résiliation du contrat. En l'absence d'une telle information, la résiliation-sanction ne saurait valablement intervenir.

262. Cela dit, il faut souligner que cette procédure doit être distinguée de l'existence d'une faute qui est une pure question de fait.

263. Alors que la procédure de la résiliation-sanction joue sur le principe même de la responsabilité de la rupture du contrat, sur sa base juridique et sur ses conséquences, la faute du cocontractant, en dehors d'une résiliation-sanction, n'a d'influence que sur la mesure de la responsabilité et sur le *quantum* du dommage à réparer.

264. Tout le droit sénégalais de la responsabilité est basé sur la prise en considération de la faute de la victime du préjudice et sur son concours à la réalisation du préjudice. Je ne crois pas qu'il soit nécessaire à ce sujet de se lancer ici dans de longs développements. La faute de la victime atténuée ou fait disparaître la responsabilité de l'auteur du dommage. Il convient à ce propos de bien spécifier que le droit sénégalais ne fait aucune différence entre la victime d'une faute délictuelle et celle d'une faute contrac-

tuelle. C'est ce qu'exprime l'article 119 du COCC par ces mots: "La faute est un manquement à une obligation préexistante de quelque nature qu'elle soit."

265. *L'Encyclopédie juridique de l'Afrique* à la page 376 du Tome IX précise que:

"Lorsqu'il est établi que la victime a commis une faute, la jurisprudence et la doctrine s'accordent à admettre une atténuation de la dette de réparation quel que soit le régime de responsabilité servant de base à l'action."

Et l'auteur cite l'article 130 du COCC du Sénégal selon lequel:

"La faute de la victime atténue la responsabilité de l'auteur du dommage..."

266. Le problème qui se pose c'est de savoir dans quelle proportion s'effectue cette atténuation. A ce sujet les auteurs sont divisés. Pour certains il s'agit d'un partage égal et pour d'autres le juge a le pouvoir d'apprécier souverainement le taux de partage. Pour ma part, j'incline à penser que cette dernière solution est la meilleure.

267. Il convient maintenant de souligner que l'atténuation de la responsabilité de l'auteur du dommage peut même en droit sénégalais avoir pour cause un "fait non fautif".

268. Dans un souci de justice, l'Association sénégalaise d'Etudes et de Recherches juridiques (ASERJ) que je présidais avait, au cours d'un colloque organisé en 1972, préconisé que le fait des personnes privées de discernement (enfant ou malade mental) victimes d'un dommage soit pris en compte pour l'appréciation de la responsabilité. Sa proposition a été reprise mais généralisée par la loi sénégalaise 77-64 du 26 mai 1977 qui a ajouté à l'article 121 un nouvel alinéa 3 ainsi conçu:

"Toutefois, tout acte peut obliger l'auteur du dommage à réparation ou être pris en compte pour l'exonération partielle ou totale prévue au présent titre."

269. La différence entre cette rédaction et celle que proposait l'ASERJ dans sa résolution est très importante. L'ASERJ proposait de substituer à l'alinéa premier de l'article 121 une disposition ainsi conçue:

"Il y a faute même si l'auteur du dommage était, par son état naturel, dans l'impossibilité d'apprécier son acte. Cette règle est applicable aux divers régimes particuliers de responsabilité organisés par le chapitre II du présent titre."

270. Ainsi apparaît nettement l'intention du législateur dans le domaine en question. Il s'agit de couvrir tout à la fois les deux domaines de responsabilité. Aussi tout le raisonnement relatif au fait de l'enfant qui concourt à la commission d'un dommage peut être étendu au cas de la responsabilité contractuelle en cas de faute ou de "fait non fautif" de la victime ayant concouru à la réalisation du dommage.

271. Après une longue discussion, l'auteur de l'article précité de *L'Encyclopédie juridique de l'Afrique* en arrive à la conclusion que "la difficulté est en tout cas aujourd'hui réglée au Sénégal par la loi du 26 mai 1977..." (*op. cit.*, p. 377).

272. Le souci de justice qui a inspiré l'ASERJ et le législateur sénégalais a, me semble-t-il, sa place dans la présente affaire.

273. S'il est normal d'admettre que le Gouvernement n'a pas usé de la procédure aboutissant à la résiliation-sanction, il me paraît juste dans l'appréciation de sa respon-

sabilité de tenir compte des "fautes" ou des "faits" de la SOABI. Le Tribunal a la base légale pour y procéder. Il serait facile pour lui de le faire.

274. Les arguments des Parties à ce sujet sont exposés aux paragraphes 5.27 et 5.28 du projet.

275. Pour le Gouvernement:

"Les reproches faits à la SOABI par le Gouvernement concernent le non-respect par la SOABI (i) des prix contractuels des logements (contre-mémoire, p. 13-19), et (ii) de son obligation de trouver le financement pour l'opération (contre-mémoire, p. 19-22). Ces 'manquements contractuels graves et répétés de la SOABI' auraient justifié la décision du Gouvernement de résilier le contrat par la lettre du 24 juillet 1980, en application de l'article 136 du C.O.A." (Sentence, par. 5.27.)

276. Pour la SOABI:

"la décision du Gouvernement de mettre fin unilatéralement au contrat n'est pas motivée et n'a pas été précédée d'une mise en demeure comme l'exige l'article 31 du C.O.A. Selon la SOABI, elle constituerait donc le fait du prince, prévu par l'article 137 du C.O.A., et c'est pour échapper aux conséquences financières de sa décision, prévues par l'article 138 du C.O.A. que le Gouvernement dans son contre-mémoire va s'efforcer de justifier sa décision et de la motiver. Par ailleurs, la SOABI rejette les reproches qui lui ont été faits par la partie adverse de ne pas avoir respecté les prix contractuels et son obligation de trouver le financement pour l'opération." (Sentence, par. 5.28)

277. Le Tribunal pouvait décider que la demande de réparation est fondée sur les articles 137 et 138 du C.O.A. et qu'elle est admissible dans son principe comme il le fait au paragraphe 5.37 du projet, sans toutefois aller plus loin.

278. Il conviendrait aussi de relever qu'à mon avis (sentence, par. 5.51) la SOABI n'a pas respecté les prix tels qu'ils étaient prévus au contrat et "n'a pas obtenu le financement global envisagé par la Convention du 17 septembre 1975". (Sentence, par. 5.56.)

279. Ces considérations devaient alors amener le Tribunal à conclure que si le Gouvernement est mal fondé à invoquer la résiliation-sanction prévue par l'article 136 du C.O.A., la SOABI a toutefois commis des fautes dont le Tribunal tient compte pour l'appréciation de la responsabilité du Gouvernement quant à la rupture unilatérale du contrat.

280. Voilà pourquoi je ne peux pas partager l'opinion du Tribunal quand il énonce:

"Le Gouvernement qui, selon son appréciation des défauts de la SOABI avait la possibilité de prononcer la résiliation pour faute, ne peut pas invoquer ces prétendus manquements de la SOABI pour se défendre contre une demande de réparation fondée sur l'article 138 après avoir mis fin à l'affaire SOABI de façon unilatérale sans mise en demeure préalable et même sans aucune indication dans sa lettre de rupture qu'il considérait que la SOABI avait manqué à ses obligations contractuelles." (Sentence, par. 5.36.)

D. LES HONORAIRES D'ARCHITECTES

281. Le Tribunal déclare:

"La demande de la SOABI d'être dédommagée du préjudice au titre des sommes payées ou dues par elle pour études et travaux architecturaux est recevable dans son principe." (Sentence, par. 8.06.)

282. Je suis d'accord avec cette déclaration en ce qui concerne les "sommes payées". Par contre je pense qu'il est prématuré de parler de "sommes dues" en ce qui concerne les honoraires d'architectes puisque le principe de leur remboursement fait l'objet d'un litige pendant devant le juge du "contrat B.E.H.C." qui par ailleurs pourra seul évaluer leur montant.

283. Le Tribunal, après avoir reconnu la compétence des tribunaux sénégalais en la matière,

"condamne le Gouvernement à rembourser à la SOABI les sommes que cette dernière pourrait être obligée de payer au BEHC (en vertu d'une condamnation par les tribunaux sénégalais ou d'un accord entre les trois Parties intéressées) au titre des postes de sa situation 2.1 à 2.4 inclus, 2.6, 2.7, 3.1, 3.4 et 3.6 jusqu'au montant réclamé pour chaque poste dans cette situation"

et note "que l'obligation maximale du gouvernement en application de cette formule serait de FCFA 321.004.910".

284. Je regrette de ne pouvoir approuver cette façon de procéder.

285. Un procès est pendant devant une juridiction sénégalaise compétente à tous égards. Au cours de ce procès, le Gouvernement pourra intervenir ou se faire appeler en garantie et par ailleurs rien ne permet de préjuger de la quotité des sommes dues par la SOABI au BEHC. Pourquoi dès lors, le Tribunal, tout en reconnaissant son incompétence comme juge du contrat, se croit-il dès maintenant obligé de fixer à titre de dommages-intérêts au profit de la SOABI des sommes que celle-ci aurait à verser au BEHC en dehors d'un procès qui n'a pas encore fait l'objet d'un jugement définitif. Cette façon de procéder ressemble à une méfiance injustifiée à l'égard des tribunaux nationaux.

286. Qu'arriverait-il si la SOABI était condamnée, par exemple, à payer au BEHC une indemnité pour des faits délictuels en relation avec ses rapports avec les architectes? La seule allusion aux "postes" dans le paragraphe 8.23 de la sentence suffit-elle à écarter la difficulté? N'y aurait-il pas là une complication difficile à régler? Par ailleurs le préjudice qu'invoque la SOABI est-il d'ores et déjà réel et certain conformément aux exigences du droit sénégalais? (Voir sentence, par. 6.21.)

287. Je reconnais que la tâche du Tribunal qui est saisi d'une question pour laquelle il est compétent et qui devra se dessaisir du dossier une fois sa sentence rendue est difficile.

288. Cependant, pour toutes les raisons que j'ai évoquées, le Tribunal ne devrait-il pas tout simplement dire qu'il appartient à la SOABI, au cours du procès intenté contre elle par le BEHC, d'appeler le Gouvernement en garantie, conformément au droit sénégalais? Il reviendra ensuite à la SOABI, après le procès, d'introduire éventuellement tel recours approprié.

E. FRAIS GENERAUX

289. Le Tribunal a alloué un montant de 552.989.664 francs CFA au titre "de frais et immobilisations qui représentent le préjudice de la SOABI" (par. c. du dispositif), après avoir fait procéder à une expertise. Il a également décidé que:

"ce montant doit être majoré d'intérêts compensatoires au taux de 10% par an à partir du 1er avril 1982 jusqu'au...calculé sur un montant en principal de 441.688.411 francs CFA soit le solde du montant de 552.989.664 francs CFA ar-rêté par l'expert comptable nommé par le Tribunal pour pertes globales au titre des frais généraux et des immobilisations après déduction de 111.301.253 francs CFA y inclus qui représentent les intérêts décomptés sur le compte courant de M. Seutin".

290. Mes observations portent sur l'expertise et sur l'indemnité elle-même.

1. L'objection du Gouvernement relative aux entretiens entre l'expert et la SOABI

291. Dans sa sentence le Tribunal souligne que le Gouvernement a émis des réserves sur la procédure suivie pour l'établissement du Rapport d'expertise (par. 9.16). Il est indiqué (par. 9.17):

"Le Gouvernement affirme encore que le Rapport ferait ressortir que l'expert aurait, à plusieurs reprises, eu des entretiens hors la présence de la République du Sénégal' avec la SOABI."

Cette affirmation du Gouvernement, à savoir qu'à plusieurs reprises l'expert a eu des entretiens avec la SOABI en dehors du Sénégal, est tout à fait exacte. En effet, à la page 6/38 du Rapport d'expertise il est écrit en toutes lettres:

"Tout au long de notre entretien nous sommes restés en contact permanent avec le président et le secrétaire général du Tribunal arbitral ainsi qu'avec les représentants actuels de la SOABI."

Il apparaît donc nettement que l'expert est resté en contact permanent avec la SOABI pendant le temps qu'a duré l'exécution de sa mission. Dans sa sentence le Tribunal soutient que:

"De toute évidence l'expert était dans la nécessité de prendre contact avec les représentants de la SOABI pour obtenir les renseignements dont il avait besoin, mais il n'y a pas la moindre raison de croire que M. Diallo aurait dépassé les limites de sa mission qu'il a définies comme suit à la page 4/38 du Rapport:

"Notre mission ne comporte pas la discussion de nos conclusions ni avec la SOABI, ni avec le Gouvernement. Nous communiquerons notre rapport directement au Tribunal, sans en avoir discuté le contenu avec les Parties; le Tribunal le communiquera aux Parties et leur demandera de lui faire part de leurs observations." (Sentence, par. 9.17.)

292. Ainsi le Tribunal a entendu justifier le comportement de l'expert et cela se comprend. Si l'on se reporte à la mission officielle qui a été donnée audit expert il n'y est dit à aucun endroit qu'il devait prendre contact avec l'une ou l'autre des Parties.

En effet, c'est par une lettre du 23 avril 1986 approuvée par le Tribunal que le président du Tribunal a indiqué à l'expert sa mission. Les parties pertinentes de cette lettre sont ainsi conçues:

"Le Tribunal constitué pour juger l'affaire sus-citée a appris avec satisfaction que vous acceptez d'assumer sous sa direction la mission d'expert en matière de comptabilité.

Je vous fais tenir ci-joint une note accompagnée d'annexes relative au préjudice que la S.A. SOABI, demanderesse dans l'affaire en cause, dit avoir subi du chef de frais généraux et immobilisation 'perdus'. Vous y trouverez les états financiers de la SOABI pour les exercices se terminant les 31 mars des années 1978 à 1982 inclus, les affirmations et arguments des Parties présentés au cours de la procédure, les questions posées par le Tribunal à la SOABI, les réponses de cette dernière et les commentaires du Gouvernement sur ces réponses.

Pour statuer sur la demande de la SOABI, le Tribunal doit déterminer le montant des frais et immobilisations engagés par la SOABI et résultant directement des activités afférentes au seul programme de construction et de vente de 15.000 logements à l'exclusion de toutes autres activités, notamment celles qui ont pu être menées à la suite des missions que le Gouvernement du Sénégal a pu confier à la SOABI dans le cadre de la commande et de la construction de l'usine de préfabrication d'éléments en béton, pour lesquelles la SOABI a été payée. Le Tribunal doit également se prononcer sur le caractère justifié ou non des dépenses engagées par la SOABI pour ledit projet.

C'est pour être assisté dans cette tâche que le Tribunal désire avoir recours à vos services. La note accompagnée d'annexes qui est jointe à la présente lettre a pour but de vous aider à mieux appréhender toutes les facettes de votre mission et à y adapter les réponses que le Tribunal attend de vous. Nous avons essayé d'y faire apparaître les problèmes qui se posent au Tribunal. Vous pourrez donc à loisir vous y reporter pour nous fournir le maximum d'indications susceptibles d'informer le Tribunal le mieux possible."

293. Dans un télégramme adressé aux Conseils des Parties le 8 juillet 1986, il avait été indiqué que

"pour accomplir sa mission, M. Diallo devra prendre contact avec les représentants de la SOABI afin d'obtenir l'ensemble des documents justifiant les frais généraux et les immobilisations afférentes au programme de construction des 15.000 logements objet du litige. Le Tribunal prie les représentants de la SOABI de fournir à M. Diallo les documents nécessaires à l'accomplissement de sa tâche. A cette fin M. Diallo prendra contact avec Me Danon".

294. Cette façon de faire à mon avis rompt l'égalité entre les Parties. Et c'est à bon droit que l'une d'elle (le Gouvernement) s'est plainte d'en avoir été victime.

2. Sur le fait que le Tribunal n'ait pas entendu l'expert

295. A mon avis le rapport d'expertise méritait quelques explications de la part de l'expert. En tout cas ces explications m'étaient personnellement utiles sinon nécessaires pour me faire une opinion sur certains points du rapport et j'en ai vainement exprimé le désir. Le Tribunal n'a pas été de cet avis. Il m'a été répondu qu'il n'était pas possible

d'entendre l'expert en dehors des Parties. Certes le Tribunal a eu raison de ne pas convoquer une réunion avec l'expert et les Parties à partir du moment où celles-ci n'ont pas jugé cette réunion utile. Toutefois rien ne l'empêchait à mon avis de permettre à tous ses membres de poser des questions à l'expert, même en l'absence des Parties, dans la mesure où c'est pour avoir des éclaircissements sur le rapport et en raison du fait que, comme le dit le Tribunal lui-même et l'expert après lui, ce dernier avait pour mission: "d'aider le Tribunal à se prononcer sur le caractère justifié ou non des dépenses engagées par la SOABI pour" le programme de construction et de vente de 15.000 logements et "fournir le maximum d'indications susceptibles d'informer le Tribunal le mieux possible". A la page 4/38 de son rapport l'expert souligne:

"Notre mission ne revêt donc ni un caractère judiciaire ni un caractère contradictoire; elle consiste à un contrôle et à une analyse de la comptabilité destinée à renseigner le Tribunal arbitral qui peut en tirer les conclusions qu'il considère appropriées."

Et il ajoute à la même page:

"Notre mission ne comporte pas la discussion de nos conclusions ni avec la SOABI ni avec le Gouvernement. Nous communiquerons directement notre rapport au Tribunal sans en avoir discuté le contenu avec les Parties. Le Tribunal le communiquera aux Parties et leur demandera de lui faire part de leurs observations."

296. Il apparaît ainsi que l'expert avait pour mission de renseigner le Tribunal. Celui-ci pouvait donc l'entendre à sa guise en l'absence des Parties sans que cela puisse constituer une irrégularité quelconque. C'est la raison pour laquelle je ne comprends pas que le Tribunal n'ait pas pu accéder à la demande d'un de ses membres ayant pour objet que l'expert vienne devant lui pour répondre à certaines questions tendant à faire mieux comprendre le rapport. Je tiens à relever cela avec force.

3. Sur le montant des dommages et intérêts

a) La période considérée:

297. Le Tribunal a transmis à l'expert les pièces fournies par la SOABI et relatives aux exercices se terminant les 31 mars des années 1978 à 1982 inclus. L'expert a donc basé ses évaluations sur cette période.

298. Mais qu'est-ce qui justifie que l'on ait tenu compte de toute la période allant jusqu'au 31 mars 1982?

299. Il faut se rappeler que le Gouvernement a mis fin à l'opération SOABI à partir du 24 juillet 1980. Le 9 septembre 1980 la SOABI en prenait acte et précisait:

"Cette décision nous cause un préjudice considérable car vous imaginez bien que de 1975 à ce jour nous n'avons pas cessé d'investir en vue de l'exécution du projet." (C'est moi qui souligne.)

Et elle ajoutait:

"Nous allons chiffrer les pertes que cette décision nous fait irrémédiablement subir et désignons comme mandataire Me Danon, avocat à la Cour, pour négocier avec l'Etat la juste réparation du préjudice subi."

300. La SOABI a prolongé sa propre existence jusqu'au 31 mars 1982 et le Tribunal s'est contenté d'en prendre acte, lui accordant ainsi un délai de près de dix-sept mois au cours duquel la SOABI a continué à dépenser pour du matériel de bureau ou l'agencement de logements (voir rapport d'expertise, p. 35/38) alors que bien avant la lettre du Ministre mettant fin à l'opération, l'exécution de celle-ci se révélait déjà fort hypothétique (voir requête SOABI, p. 3).

b) *Le Tribunal a alloué à la SOABI au titre de frais généraux et immobilisations des dommages et intérêts supérieurs à la demande de la SOABI telle qu'elle a été formulée*

301. En effet le Tribunal constate lui-même au paragraphe 9.01 de la sentence que:

"Dans sa requête d'arbitrage (p. 8) la SOABI réclame la somme de 534.658.612 FCFA qui représenterait ses frais généraux et immobilisations au cours des quatre premiers exercices."

A ma connaissance la SOABI n'a jamais modifié ce chiffre. C'est donc à 534.658.612 francs CFA que se limite la demande de la SOABI telle qu'elle est régulièrement présentée devant le Tribunal. Certes, celui-ci, au même paragraphe précité (9.01) précise que:

"La SOABI ajoute que ce montant, qui a été arrêté au moment où les pourparlers avaient été entamés avec l'Etat en vue d'une indemnisation amiable, doit être révisé en hausse car à cette date la SOABI n'avait pas encore terminé le remboursement des acquéreurs de logements."

A mon avis il ne s'agit pas là d'une demande. La SOABI se réservait de modifier sa demande à la hausse, mais elle ne l'a pas fait. Il n'est pas du rôle du Tribunal d'évaluer à la place de la SOABI ce que celle-ci considère comme constituant le préjudice qu'elle a subi. Le Tribunal n'est pas à la disposition des Parties pour leur servir de comptable. Il appartenait à la SOABI de formuler devant le Tribunal une demande expresse. Elle en avait suffisamment le temps. A partir du moment où elle ne l'a pas fait il n'était plus possible pour elle d'obtenir une indemnité supérieure à celle à laquelle elle a officiellement prétendu. Le Tribunal a repris purement et simplement le chiffre arrêté par l'expert comme si ce chiffre s'imposait à lui alors que le seul qui avait ce caractère était le montant de la demande qui encore une fois s'élève à 534.658.612 francs CFA.

302. Si d'ailleurs l'expert a abouti à un chiffre supérieur à la demande de la SOABI, il faut en attribuer la raison au fait que le Tribunal lui a transmis des documents qui prétendaient contenir les frais généraux engagés par la SOABI, mais que celle-ci n'a jamais réclamés au titre de la phase de construction des 15.000 logements. Le Tribunal a été plus généreux vis-à-vis de la SOABI que celle-ci dans ses estimations l'avait été avec elle-même. En effet les documents transmis à l'expert laissaient apparaître des frais généraux d'un montant de 761.358.643 francs CFA alors qu'à la date de la demande la SOABI les estimait à 534.658.612 francs CFA. L'expert a pris en considération des montants dépassant de loin la demande de la SOABI. Tout s'est passé comme si le Tri-

bunal a substitué à la demande de la SOABI de 534.658.612 francs CFA une nouvelle demande de 761.358.643 francs CFA (voir Rapport d'expertise, p. 4/38) pour lui allouer ensuite 552.989.664 francs CFA. En conséquence, j'estime qu'en allouant à la SOABI des dommages-intérêts d'une somme de 552.989.664 francs CFA, c'est-à-dire une somme supérieure à la demande, le Tribunal a statué *ultra petita*.

c) Certaines obscurités du rapport

303. Certains aspects du rapport de l'expert me paraissent obscurs. Je n'en choisis ici que quelques rares exemples.

304. Dans le calcul des frais généraux de la SOABI l'expert a fait entrer des éléments sur lesquels il aurait été nécessaire d'avoir des explications. Ainsi, s'agissant de l'exercice 1977-1988 (p. 10/38 du rapport), il est fait mention "d'honoraires C.E.R.E.C.Q. (essais usine: 1.210.880)" et à la page 11/38 "honoraires B.E.H.C. (usine: 2.000.000)", puis "honoraires géomètres SEGECOT (usine: 468.500)". Or dans l'acte de mission délivré à l'expert il avait été bien spécifié que les frais concernant la construction de l'usine n'entraient pas en ligne de compte. Je ne comprends donc pas pourquoi ces mentions "essais-usine", "usine", etc. ont pu figurer dans le rapport et entrer dans le calcul des frais généraux.

305. Deux autres exemples méritent d'être cités. Le premier est que le rapport d'expertise comporte l'évaluation de mobiliers de bureau imputé à SOABI-LOGEMENT. Aucune explication n'est donnée sur cette imputation alors que la SOABI, tant pour ses activités de construction de l'usine que pour ses activités autres que celle concernant les 15.000 logements, disposait des mêmes bureaux, du même personnel et des mêmes mobiliers. Pourquoi l'expert a-t-il imputé les dépenses de personnel et de mobiliers de bureau à la seule SOABI-LOGEMENT? Le deuxième exemple concerne les dépenses effectuées au profit de M. Seutin. M. Seutin était administrateur de la SOABI; pas seulement de la SOABI lorsqu'elle agit pour la construction des 15.000 logements mais aussi de la SOABI dans toutes ses activités. Alors comment se fait-il par exemple que le prix des loyers de M. Seutin soit imputé à la seule SOABI-LOGEMENT alors que l'administrateur de la SOABI avait des activités tant pour la construction de l'usine que pour les autres travaux non liés aux 15.000 logements?

d) Le problème des intérêts

306. A ce sujet il faut aussi dire quelques mots.

307. Le Tribunal a assorti les dommages et intérêts alloués à la SOABI au titre des frais généraux et immobilisations d'intérêts compensatoires à partir du 1er avril 1982. Dans sa requête la SOABI avait demandé des *intérêts moratoires* (voir sentence, par. 3.03). Ces intérêts devaient courir du jour de l'enregistrement de la requête, ce qui n'était pas possible. S'en étant aperçu la SOABI, dans son mémoire en réponse au contre-mémoire du Gouvernement, n'a plus qualifié les intérêts qu'elle a demandés. Elle précise (sentence, par. 3.05): "Dire que cette somme portera intérêt à compter du 24 juillet 1980, date de la rupture...". Cette demande a été réitérée au cours de la session du Tribunal tenue à Paris les 29 et 30 juillet 1985 (sentence, par. 3.07). Le Tribunal a habilement évité le problème difficile des intérêts moratoires en droit sénégal-

ais. C'est certainement la raison pour laquelle il a préféré qualifier les intérêts qu'il a attribués *d'intérêts compensatoires* bien que cette expression ne figure pas dans les conclusions de la SOABI.

CONCLUSION

308. Voilà les raisons pour lesquelles je n'ai pas pu m'associer à la sentence prononcée par le Tribunal arbitral constitué en application de la Convention de Washington pour connaître du différend opposant la Société ouest-africaine des bétons industriels (SOABI) à la République du Sénégal. La Convention de Washington est une contribution au développement des pays pauvres. En effet elle tend notamment à renforcer le sentiment de sécurité juridique dont les investisseurs qui participent au développement économique et social dans les pays du tiers-monde ont besoin pour pouvoir engager leurs capitaux dans de telles entreprises. L'acceptation par les Etats d'une clause arbitrale permet en effet aux entreprises appelées à contracter avec eux d'échapper aux difficultés qui peuvent résulter du recours aux juridictions nationales. Mais en même temps il ne faut pas oublier que pour autant que les Etats acceptent d'encourager tout concours à leur effort de développement, l'on n'en doit pas moins observer scrupuleusement le principe selon lequel c'est par leur consentement et par leur consentement seul, *donné sans équivoque*, qu'ils renoncent à la compétence de leurs propres juridictions.

Kéba Mbaye