

CENTRE INTERNATIONAL
POUR LE REGLEMENT DES DIFFERENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS
WASHINGTON, DC

MILlicom INTERNATIONAL OPERATIONS B.V. ET SENTEL GSM SA
Demanderesses

C.

LA REPUBLIQUE DU SENEGAL
Défenderesse

(AFFAIRE CIRDI No ARB/08/20)

DECISION
SUR
LA COMPETENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL

Tribunal arbitral

M. le Prof. Pierre Tercier, Président
Juge Ronny Abraham, Arbitre
M. le Prof. Kaj Hobér, Arbitre

Secrétaire du Tribunal arbitral

Mme Aurélia Antonietti

Pour les Demanderesses

M. Stephen Jagusch
M. Mark Levy
M. Andrew Battison
M. Anthony Sinclair
ALLEN & OVERY LLP
Londres, Royaume-Uni

Pour la Défenderesse

M. Abdoulaye Dianko
Agent judiciaire de l'Etat
Ministère de l'Economie et des
Finances, République du Sénégal
et
Me Rémi Sermier
BRANDFORD-GRIFFITH & ASSOCIÉS
Paris, France
et
Me François Sarr
S.C.P. D'AVOCATS FRANÇOIS SARR
& ASSOCIÉS
Dakar, République du Sénégal
et
M. le Prof. Thomas Clay
Doyen Faculté de droit et de science
politique, Université de Versailles

TABLE DES MATIERES

I.	EN FAIT.....	3
A.	Les Parties	3
B.	Le résumé des faits.....	4
C.	Le résumé de la procédure arbitrale	10
II.	EN DROIT	16
A.	En général.....	16
1.	La procédure arbitrale et la constitution du Tribunal arbitral	16
2.	Les conclusions des Parties et le plan de la décision	17
2.1.	Les conclusions des Parties	17
2.2.	L'objet et le plan de la décision	18
B.	La compétence du Tribunal arbitral par rapport à MIO	19
1.	Le problème	19
2.	L'existence d'un consentement valable du Sénégal à l'arbitrage	21
2.1.	En général.....	21
2.2.	L'exigence d'un consentement spécial	22
2.3.	La limitation de la protection aux personnes physiques	23
2.4.	Conclusion.....	26
3.	L'existence d'un investissement protégé	27
3.1.	En général.....	27
3.2.	L'existence d'un investissement	27
3.3.	L'existence d'un investissement protégé	29
4.	Conclusion	32
C.	La compétence du Tribunal arbitral par rapport à sentel.....	32
1.	Le problème	32
2.	L'existence d'un consentement valable à l'arbitrage	33
2.1.	En général.....	33
2.2.	L'existence du consentement	34
2.3.	La validité du consentement.....	41
2.4.	Conclusion.....	43
3.	La qualité d'investisseur de Sentel	43
3.1.	Le problème.....	43
3.2.	Le contrôle sur Sentel.....	44
3.3.	L'accord de la Défenderesse	45
3.4.	Conclusion.....	47
D.	Le sort des frais et dépens	47
E.	La suite de la procédure	48

I. EN FAIT

La présentation qui suit est volontairement sommaire, en raison notamment de l'objet de la décision qui ne porte pas sur le fond du litige. Dans la mesure où cela se révélera nécessaire, certaines questions de fait importantes seront discutées plus en détail dans la Partie « En Droit »¹.

A. LES PARTIES

1. La première Demanderesse, **Millicom International Operations B.V.** (ci-après « Millicom » ou la « Demanderesse 1 » ou encore « MIO »), est une société à responsabilité limitée, au capital autorisé de 100 actions de 1 000 NLG chacune, dont seules 40 ont été émises et payées, organisée et existant selon le droit néerlandais. Elle est enregistrée à Stockholm 26, 1993 LM Barendrect, aux Pays-Bas (Dem. 22.12.08, pièce C-26).
2. La seconde Demanderesse, **Sentel GSM** (ci-après « Sentel » ou la « Demanderesse 2 ») est une société anonyme au capital social de 60.000.000 FCFA, organisée et existant selon le droit sénégalais (Dem. 11.11.08, n° 11 ; Dem. 12.02.10, pièce C-50). Elle exploite depuis 1999 un réseau de radiotéléphonie mobile au Sénégal (« Tigo ») (Dem. 14.12.09, n° 6).
3. Aussi bien Millicom que Sentel font partie du Groupe *Millicom International Cellular S.A.* (ci-après « MIC »), une société de droit luxembourgeois fondée en 1990. Elle est née de la fusion entre Millicom, entreprise américaine, et Industriförvaltnings AB Kinnevik, entreprise suédoise, l'une et l'autre actives dans le secteur de la téléphonie mobile (Dem.14.12.09, pièce C-42). MIC n'est pas partie à la présente procédure arbitrale.

¹ S'agissant des écritures et des pièces, les abréviations retenues sont les suivantes :

Dem. 11.11.08 :	« Request for Arbitration » des Demanderesses du 11 novembre 2008
Dem. 22.12.08 :	« Response to ICSID's letter dated 26 November 2008 and Clifford Chance's letter dated 5 December 2008 » des Demanderesses du 22 décembre 2008
Dem. 24.08.09 :	« Provisional Measures Application » des Demanderesses du 24 août 2009
Déf. 05.10.09 :	« Mémoire en réponse à la demande de mesures conservatoires » de la Défenderesse du 5 octobre 2009
Déf. 29.10.09 :	« Mémoire sur l'incompétence » de la Défenderesse du 29 octobre 2009
Décision 09.12.09 :	Décision du Tribunal arbitral sur la Requête aux fins de mesures conservatoires du 9 décembre 2009
Dem. 14.12.09 :	« Counter-memorial on jurisdiction » des Demanderesses du 14 décembre 2009
Déf. 15.01.10 :	« Mémoire en réplique sur l'incompétence » de la Défenderesse du 15 janvier 2010
Dem. 12.02.10 :	« Rejoinder on jurisdiction » des Demanderesses du 12 février 2010
Pièce C-:	Pièces produites par les Demanderesses
Pièce R-:	Pièces produites par la Défenderesse
Pièce CL- :	Pièces juridiques produites par les Demanderesses
Transcript 09.11.09 :	Procès-verbal de la première session du 9 novembre 2009
Transcript 01.04.10 :	Procès-verbal de l'audience du 1 ^{er} avril 2010

MIC est une entreprise globale de télécommunications. Par l'intermédiaire de ses filiales, elle fournit des services de télécommunication dans seize pays, en Asie, en Amérique latine et en Afrique (Dem. 11.11.08, n° 12). Millicom (Demanderesse 1) est une filiale à 100% de MIC; et Sentel (Demanderesse 2), une filiale à 100 % (moins une action) de la Demanderesse 1 (cf. ci-dessous n°83).

Dans la suite de cette décision, les Demanderesse 1 et Demanderesse 2 seront appelées conjointement les « Demanderesse ».

4. La Défenderesse est **la République du Sénégal** (ci-après «le Sénégal », « la République » ou la « Défenderesse »).

B. LE RÉSUMÉ DES FAITS

5. Le 9 mars 1998, la République du Sénégal a lancé un appel d'offres ayant pour objet « *l'autorisation d'établissement et d'exploitation de systèmes mobiles terrestres cellulaires numériques de télécommunications sur le territoire national* » (Dem. 14.12.09, pièce C-34). Un Cahier de Charges avait été établi à cette occasion (« *Cahier de Charges relatif à l'établissement d'un réseau de téléphonie publique terrestre sur le territoire national* », Dem. 14.12.09, pièce C-43)
6. Au mois d'avril 1998, un consortium appelé « Sentel gsm », a déposé une offre intitulée « *Proposition pour un réseau de Télécommunications* » (Dem. 14.12.09, pièce C-42). Le Consortium, auteur de l'offre, était formé de MIC, dont fait notamment partie le Groupe Kinnervik (« Résumé administratif », p. 4, pièce C-42), et du Groupe SOSERCA/C.F.I. SOSERCA S.A. est une société d'assurance entièrement sénégalaise créée en 1978, alors que C.F.I. est une société immobilière fondée en 1926 ; M. Pape Abdoul Ba est le Président-directeur général du Groupe SOSERCA/C.F.I. (Dem.14.12.09, pièce C-42, « Résumé administratif », ch.2, p. 6).
7. Le 18 juin 1998, le Ministère des télécommunications a informé les représentants de MIC que leur offre avait été provisoirement retenue (lettre du 18.06.1998, Dem. 14.12.09, pièce C-44). Des négociations se sont poursuivies durant les mois de juin et juillet 1998. Elles ont duré approximativement trois semaines (Attestation M. Rosh, p. 5) et ont été menées à partir d'un projet préparé par la Défenderesse («*Projet de Convention de Concession entre l'Etat du Sénégal et la Société pour l'exploitation d'un réseau public de radiotéléphonie mobile cellulaire numérique GSM au Sénégal*», ci-après « le Projet », Dem.14.12.09, pièce C-41).
8. Le 3 juillet 1998, la République du Sénégal a accordé à Sentel une concession de téléphonie mobile intitulée: « *Convention de concession entre l'Etat du Sénégal et la Société Sentel GSM S.A. pour l'exploitation d'un réseau public de*

radiotéléphonie mobile cellulaire numérique GSM au Sénégal » (ci-après « la Concession » ; Dem. 11.11.08, pièce C-2).

Cette Convention était passée « *entre le Gouvernement de la République du Sénégal et la société Sentel GSM S.A., filiale du Groupe Millicom International Cellular (MIC), élisant domicile au Sénégal [...]* » (Déf. 05.10.09, n° 8). Elle a été signée pour le Concessionnaire par le Directeur Général de la Société Sentel GSM, M. Youval Rosh, et pour le Président de Millicom International Cellular par M. Peter Macnee. Il est à relever que, au moment de la signature, la société anonyme Sentel n'avait pas encore été formellement constituée, mais que la Concession avait été d'ores et déjà passée en son nom.

Cette Concession a été conclue sous l'empire du Code sénégalais des télécommunications de 1996, qui était alors en vigueur (Déf. 05.10.09, n° 8). Elle octroyait à Sentel le droit d'exploiter un (premier) réseau de téléphonie mobile au Sénégal. Sentel s'engageait notamment à respecter les conditions d'exploitation (article 2) et à verser une partie des redevances à la Défenderesse (article 9).

La durée de la Concession était fixée à vingt ans, à compter de la publication du Décret qui l'approuvait (article premier) ; le « *Décret n° 98-719 portant approbation de la Concession entre l'Etat du Sénégal et la société Sentel* » ayant été publié le 2 septembre 1998 (Dem. 11.11.08, n° 18, pièce C-6), la Concession devait normalement prendre fin le 2 septembre 2018.

9. Le 30 juillet 1998, la société « Sentel GSM » a été créée à Dakar (Déf. 15.01.10, pièce R-32 ; Dem. 22.12.08, pièce C-26) et elle y a été immatriculée le lendemain (Dem. 22.12.08, pièce C-23). Son capital est de 60 000 000 de FCFA divisé en 6 000 actions de 10 000 FCFA chacune. Ses actionnaires étaient alors les suivants (Déf. 15.01.10, pièce R-32 ; Dem. 22.12.08, pièce C-26 et C-23 ; Dem. 12.02.10, pièce C-50):
- « Tucan Corporation NV », une société domiciliée aux Antilles néerlandaises, représentée par M. Youval Rosh, société qui est devenue par la suite « Millicom Sénégal NV » (4 498 actions),
 - M. Peter Macnee (1 action),
 - M. Mark Lewis (1 action), et
 - M. Pape Abdoul Ba (1 500 actions).

La composition de l'actionariat de la société et ses modifications ultérieures seront décrites en détail et discutées plus loin (cf. ci-dessous n° 83).

10. Depuis 1999, Sentel a exploité la Concession et a offert des services de téléphonie mobile à la population sénégalaise sous la marque « Tigo » (Dem. 11.11.08, n°19).
11. Le 17 juillet 2000, Sentel a été mise en demeure par la Défenderesse pour manquements graves à la Concession (Déf. 05.10.09, pièce R-6). Le document reprochait à Sentel de n'avoir pas payé la redevance due au 1^{er} janvier 2000, d'être responsable de violations caractérisées de l'obligation de fournir des informations techniques, administratives et financières, et de ne pas respecter le calendrier de couverture radioélectrique du Territoire National (Déf. 05.10.09, pièce R-6).

Selon la Défenderesse, Sentel aurait disposé d'un délai d'un mois pour réagir aux reproches qui lui étaient faits (Déf. 05.10.09, n° 13).

12. Le 29 septembre 2000, Me Bernard Sambou, huissier de justice, agissant pour la Défenderesse, s'est rendu dans les locaux de Sentel afin de procéder à une signification par laquelle, en application de l'article 7.4 de la Concession, il était formellement mis fin à la Concession, faute pour Sentel de s'être conformée dans le délai à la mise en demeure qui lui avait été adressée et d'avoir corrigé les manquements qui lui étaient reprochés (Déf. 05.10.09, n° 14 et 15).
13. Le 19 octobre 2000, par exploit de Me Aloyse Ndong, huissier de justice, Sentel a informé l'Agent judiciaire du Sénégal qu'elle contestait formellement les motifs invoqués dans la signification du 29 septembre 2000 (Déf. 05.10.09, n° 16 ; pièce R-8).
14. Le 17 janvier 2001, la Défenderesse a adopté le « *Décret n° 2001-23 mettant fin à la convention de concession entre l'Etat du Sénégal et la société SENTEL GSM S.A* » (Déf. 05.10.09, pièce R-3), qui constituerait le dernier acte de la procédure de résiliation de la Concession (Déf. 05.10.09, n° 17). Ce texte n'a toutefois alors pas été publié au Journal Officiel. Selon la Défenderesse, il aurait toutefois été annoncé dans la presse (Transcript 09.11.09, p. 26). Selon les Demanderesses, ce Décret n'aurait en revanche été qu'un projet, jamais promulgué (Dem. 11.11.08, n° 20).
15. Le 13 mars 2001, le Directeur général de Sentel a saisi le Président de la République du Sénégal d'un recours gracieux contre le Décret n° 2001-23 du 17 janvier 2001. Il y contestait les motifs de résiliation et affirmait que Sentel aurait respecté toutes les conditions d'exploitation de la Concession (Déf. 05.10.09, n° 21 ; pièce R-11). Le 15 mars 2001, le Directeur général de Sentel a adressé à l'Agent judiciaire du Sénégal une « requête préalable » dont le contenu était identique à celui du recours gracieux adressé au Président de la République du Sénégal (Déf. 05.10.09, n° 22 ; pièce R-12).

Selon la Défenderesse, aucun de ces courriers n'aurait reçu de réponse de la part des autorités saisies. S'appuyant sur l'article 729 du Code de procédure civile sénégalais, elle en conclut que le silence gardé durant plus de quatre mois par l'autorité saisie vaudrait décision de rejet (Déf. 05.10.09, n° 23 ; pièce R-21).

Toujours selon la Défenderesse, Sentel aurait accepté la fin de la Concession, dès lors qu'elle avait eu pleine connaissance du Décret n° 2001-23 et n'avait pas interjeté de recours contentieux contre ce Décret. Cette situation aurait été définitivement acquise le 17 août 2001 (Déf. 05.10.09, n° 25).

16. Le 27 décembre 2001, le nouveau Code sénégalais des télécommunications est entré en vigueur (Dem. 11.11.08, n° 22 ; Déf. 05.10.09, pièce R-4). Dans ses dispositions transitoires, il prévoit notamment ceci :

« *Les titulaires de concession d'établissement et d'exploitation de réseaux de télécommunications ouverts au public et de fourniture de services*

de télécommunications en place à la date d'entrée en vigueur du présent Code, bénéficient de plein droit de l'exploitation des réseaux et services de télécommunication qui leur ont été concédés.

Ils bénéficient, en outre, des droits d'utilisation des fréquences radioélectriques relatives à l'exploitation de leurs réseaux et services visés ci-dessus. Cependant, ils sont soumis aux nouvelles conditions relatives aux licences notamment au paiement de contre partie financière, de redevances et de contributions prévues dans les cahiers de charges prévues par le présent Code. Toutefois, pour les besoins de la mise en œuvre du présent Code, l'ART [Agence de Régulation des Télécommunications] peut procéder à des modifications des assignations de fréquences existantes.

Dans un délai de six mois, un cahier de charges, approuvé par décret, fixera les nouvelles conditions dans lesquelles les services de télécommunications seront rendus. » (article 76).

17. Le 9 août 2002, le Sénégal et MIC ont conclu un accord (Déf. 05.10.09, n° 26) dont le contenu est le suivant :

« Le Groupe Millicom International adhère à la politique de l'Etat du Sénégal relative à la modernisation et la régulation du secteur des télécommunications du Sénégal et traduite récemment par la promulgation d'une nouvelle loi sur les télécommunications, la naissance d'une Agence de Régulation des Télécommunications et l'annonce de l'arrivée prochaine d'un nouvel opérateur.

Ainsi, soucieuse de se conformer à ce nouveau processus, le Groupe Millicom International accompagné de sa filiale Sentel a informé l'Etat du Sénégal de sa volonté de négocier de bonne foi les nouvelles conditions mutuellement acceptables devant régir ses opérations au Sénégal.

A la suite de cet engagement, le groupe Millicom International, à travers sa filiale Sentel continuera d'opérer en toute légalité sous le cadre juridique de la Convention de 1998. »

Cet accord, sur la portée duquel les Parties divergent d'opinions, est signé par M. Abdoulaye Balde pour le Sénégal et par M. David Kimche pour MIC (Dem. 11.11.08, n° 22 ; Déf. 05.10.09, n° 28 ; pièce C-9 ; pièce R-13).

18. Durant toute cette période et en dépit des actes qui lui ont été signifiés, Sentel a continué d'exploiter la Concession, a développé ses services et le cercle de ses abonnés (Déf. 05.10.09, n° 51 ss ; Transcript 01.04.10 version française p. 25, version anglaise p. 56 ; Dem. 12.02.10, pièce C-48, p. 2). Sentel soutient également avoir régulièrement versé au Sénégal durant cette période une part des redevances qu'elle encaissait, conformément aux stipulations de la Concession.
19. Le 28 février 2008, un « accord de facilité de crédit » (« *credit facility agreement* ») a été conclu entre MIO et Sentel. Le prêteur (MIO) y accordait un prêt à hauteur de US\$ 19 115 250 à Sentel (Dem. 12.02.10, pièce C-48).

20. Le 24 septembre 2008, la Défenderesse a écrit à MIC afin de lui demander de soumettre une offre pour une deuxième licence, indiquant que le point de référence pour une offre raisonnable serait à hauteur de deux cents millions USD (Dem. 11.11.08, pièce C-13). Ce montant correspondait à celui qu'avait accepté de payer la société « Sudan Telecom Company Ltd (Sudatel) », qui avait obtenu une licence complète à l'automne 2007 (*Décret n° 2007-1333 du 7 novembre 2007*, Déf. 05.10.09, pièce R-15). Divers courriers ont été par la suite échangés (Dem. 11.11.08, pièce C-14 et Déf. 05.10.09, pièce R-16).

21. Le 10 octobre 2008, Sentel a présenté une offre prévoyant le paiement de vingt et un millions USD, en vue de l'amélioration du réseau traité par la Concession (Dem. 11.11.08, pièce C-7).

La Défenderesse a fait savoir à MIC par lettre du 22 octobre 2008 qu'elle rejetait cette offre (Dem. 11.11.08, n° 29). Elle ajoutait ceci : « [...] *le Gouvernement a décidé de mettre fin à cette situation provisoire. Aussi je vous informe que, faute par vous de vous ressaisir et de nous proposer un montant de contrepartie financière tenant compte du prix plancher que représente le versement effectué par Sudatel pour une 3ème licence, la publication du décret n° 2001-23 du 17 janvier 2001, dont vous trouverez ci-joint une copie, interviendra au Journal Officiel de la République du Sénégal, le vendredi 31 octobre 2008.* » (Dem. 11.11.08, pièce C-15). Il y eut par la suite également un échange de courriers (Dem. 11.11.08, pièces C-19 et C-20 et Déf. 05.10.09, pièce R-17).

22. Le 3 novembre 2008, le Décret n° 2001-23 mettant fin à la Concession (voir ci-dessus n° 14) a été publié au Journal Officiel (Déf. 05.10.09, pièce R-3).

Le même jour, la Défenderesse a publié un communiqué de presse annonçant qu'elle avait engagé une procédure judiciaire devant le Tribunal régional de Dakar pour faire constater la fin de la licence de Sentel (Dem. 11.11.08, pièce C-17).

23. Le 11 novembre 2008, la Défenderesse a assigné Sentel et MIC (qui n'est pas partie à la présente procédure) devant le Tribunal régional de Dakar (Dem. 24.08.09, pièce C-31A). Elle demandait à ce Tribunal, d'une part, d'ordonner à Sentel de cesser immédiatement son activité illégale et, d'autre part, de condamner Sentel et MIC à la réparation du dommage que ces deux sociétés lui auraient causé au motif qu'elles auraient obtenu, par de fausses promesses, que le Sénégal laisse Sentel continuer à opérer dans un cadre provisoire depuis 2000 (Déf. 05.10.09, n° 59 et 60).

Il est à relever que, le même jour, les deux Demanderesses, la société Millicom International Operations (MIO) et Sentel, ont ouvert la présente procédure arbitrale devant le CIRDI (cf. ci-dessous n° 26).

Ainsi, la Demanderesse 1 (MIO) n'est pas partie à la procédure devant le Tribunal régional de Dakar alors que MIC, qui est partie à la procédure devant le Tribunal régional de Dakar, ne participe pas à la présente procédure arbitrale.

24. La procédure devant le Tribunal régional de Dakar s'est poursuivie, parallèlement à la présente procédure, dans les conditions suivantes :

- Le 28 janvier 2009, MIC et Sentel ont présenté leurs conclusions au Tribunal régional de Dakar (Dem. 24.08.09, pièce C-31B). Elles se sont bornées à contester la compétence du Tribunal, sans prendre de conclusions sur le fond. Selon elles, l'article 11 de la Concession donnerait compétence exclusive à des institutions d'arbitrage internationales, telles que la Cour d'Arbitrage de l'OHADA, le CIRDI ou la CCI à Paris (Dem. 24.08.09, pièce C-31B, p. 6).
- Le 10 février 2009, la République du Sénégal a présenté sa réponse (Dem. 24.08.09, pièce C-31C). En ce qui concerne la compétence, elle a répondu aux objections faites par MIC et Sentel en alléguant que l'article 11 de la Concession ne contiendrait pas une clause compromissoire, que, si ce devait être le cas, la clause ne serait pas valable et qu'il appartiendrait de toute façon au tribunal saisi de se prononcer sur sa propre compétence.
- Le 11 mars 2009, MIC et Sentel ont présenté leur mémoire en réplique dans lequel elles se sont bornées à confirmer les conclusions prises sur l'incompétence du Tribunal régional de Dakar, sans prendre de conclusions au fond (Dem. 24.08.09, pièce C-31D).
- Le 7 avril 2009, la République du Sénégal a déposé ses conclusions récapitulatives et en duplique (Dem. 24.08.09, pièce C-31E). Elle a maintenu ses précédentes conclusions sur la compétence du Tribunal régional de Dakar.
- Le 13 mai 2009, MIC et Sentel ont soumis leurs conclusions récapitulatives et en réplique (Dem. 24.08.09, pièce C-31F). Elles ont de nouveau soulevé l'incompétence du Tribunal régional de Dakar au profit du CIRDI.
- Le 27 mai 2009, la République du Sénégal a présenté ses conclusions additionnelles sur l'exception d'incompétence (Dem. 24.08.09, pièce C-31G). Elle a conclu à la compétence du Tribunal régional de Dakar.
- Le 24 juin 2009, MIC et Sentel ont indiqué qu'elles n'avaient pas l'intention de répondre à la dernière écriture de la République du Sénégal au motif qu'elle était répétitive. Elles ont affirmé maintenir l'ensemble de leurs demandes, fins et prétentions telles qu'elles avaient été exposées dans leurs précédentes écritures (Dem. 24.08.09, pièce C-31H).
- Le 22 juillet 2009, le Tribunal régional de Dakar aurait, selon les indications de la Défenderesse, clôturé la procédure (Transcript 09.11.09, version française p. 48 et p. 49, version anglaise, p. 134).

Le Tribunal régional de Dakar avait fixé une audience au 23 septembre 2009. Selon les règles du Code de procédure civile sénégalais, lors de cette audience, les parties auraient été informées que le jugement était mis en délibéré, ce qui signifie que le Tribunal aurait pu rendre sa décision à une date quelconque communiquée aux parties. A la suite des interventions conjointes des deux Parties à la présente procédure, interventions recommandées par le présent Tribunal arbitral lors de sa

première audience tenue le 7 septembre 2009 (cf. ci-dessous n° 31), le Tribunal régional de Dakar a accepté de reporter cette audience au 23 décembre 2009.

Deux reports successifs ont ensuite été acceptés dans les mêmes conditions (cf. ci-dessous n° 40 et 45).

- L'un le 23 décembre 2009, avec report au 26 mai 2010 (courriel de Me Sermier daté du 23 décembre 2009),
- l'autre le 23 mai 2010, avec report au 28 juillet 2010 (lettre de Me Sermier datée du 28 mai 2010).

25. Nonobstant les lettres qui lui ont été adressées et les procédures qui ont été ouvertes, Sentel continue d'exploiter la Concession.

C. LE RÉSUMÉ DE LA PROCÉDURE ARBITRALE

26. Le 11 novembre 2008, soit le jour même où la Défenderesse ouvrait action devant le Tribunal régional de Dakar (cf. ci-dessus n° 23), les Demanderesses ont adressé conjointement au Secrétariat du Centre international pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (ci-après le « Secrétariat ») une « **Request for Arbitration** ».

Elles y ont pris les conclusions suivantes :

« *The Claimants request the following relief:*

- (i) *a declaration that the Respondent has violated Articles 3, 4 and 8 of the Treaty;*
- (ii) *a declaration that the Respondent has violated the Licence, as well as applicable rules of Senegalese and international law;*
- (iii) *an order that the Respondent make full reparation to the Claimants for the injury or loss to their investment arising out of the Respondent's violation of any of the Treaty, the Licence, and applicable rules of Senegalese and international law, such full reparation being in the form of damages or compensation paid to the Claimants in an amount to be determined, including interest thereon;*
- (iv) *compensation for the moral damages done to the Claimants, in an amount to be determined by the Arbitral Tribunal;*
- (v) *an order that the Respondent pay the costs of these arbitration proceedings including the costs of the arbitrators and ICSID, as well as the legal and other expenses incurred by the Claimants including but not limited to the fees of their legal counsel, experts and consultants as well as the Claimants' own employees, on a full indemnity basis, plus interest thereon at a reasonable commercial rate; and*
- (vi) *any other relief the Arbitral Tribunal may deem appropriate in the circumstances. »*

Elles fondaient leurs demandes,

- pour la Demanderesse 1 sur l'article 10 de l'« *Accord relatif à l'encouragement et la protection des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et la République du Sénégal du 3 août 1979* » (ci-après « l'Accord »), et
- pour la Demanderesse 2, sur l'article 11 de la Concession,
- pour les deux Demanderesses en outre sur la « *Convention (de Washington) du 18 mars 1965 pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats* » (ci-après « la Convention CIRDI » ou « la Convention de Washington »).

27. Le 26 novembre 2008, le Secrétariat a invité les Demanderesses à fournir des informations supplémentaires sur l'incorporation de Sentel au Sénégal, la représentation de Sentel, la propriété de Millicom sur Sentel, la qualification de Millicom de « ressortissant » dans le cadre de l'Accord ainsi que le consentement du Sénégal de soumettre le présent litige à la compétence du Centre.

Le 5 décembre 2008, la Défenderesse a invité le Secrétariat à refuser l'inscription de la Requête au Rôle des instances d'arbitrage au motif que le Centre ne serait pas compétent. Le 19 décembre 2008 les Demanderesses ont répondu aux questions du Secrétariat par une écriture intitulée « *Observations on jurisdiction of the Centre* ». Le 31 décembre 2008, le Secrétariat a enregistré la Requête d'Arbitrage.

28. Le 14 janvier 2009, les Demanderesses ont proposé une méthode pour constituer le Tribunal arbitral. A la suite d'un échange de courriers des 19 janvier, 23 février, 26 février et du 2 mars 2009, les Parties sont convenues de constituer un tribunal arbitral de trois membres, la partie Défenderesse et les parties Demanderesses nommant un arbitre et les deux arbitres nommés désignant un président. Le 1^{er} avril 2009, les Demanderesses ont désigné le Professeur Kaj Hobér comme arbitre, lequel a accepté sa mission. Le 7 avril 2009, la Défenderesse a désigné le Juge Ronny Abraham comme arbitre, lequel a accepté sa mission. Le 5 juin 2009, les deux co-arbitres ont désigné le Professeur Pierre Tercier comme président du Tribunal arbitral, lequel a accepté sa mission. Le 12 juin 2009, le Tribunal arbitral a été constitué et la présente instance a été réputée commencée.

29. Le 24 août 2009, les Demanderesses ont adressé au Tribunal arbitral une requête aux fins de mesures conservatoires (« ***Provisional Measures Application*** »), par laquelle elles demandaient en particulier au Tribunal arbitral d'interdire à la Défenderesse de poursuivre l'action intentée devant le Tribunal régional de Dakar, à ce défaut, d'inviter la Défenderesse à suspendre cette procédure pendant la durée de la présente procédure.

30. Le 27 août 2009, le Tribunal arbitral a tenu une conférence téléphonique avec les Parties afin de discuter de la Requête aux fins de mesures conservatoires soumise par les Demanderesses et de l'ordre du jour de la première session qu'il entendait tenir. Le 28 août 2009, faisant suite à une conférence téléphonique entre les membres du Tribunal arbitral, le Président a invité la Défenderesse à requérir du Tribunal régional de Dakar le report de l'audience prévue au 23 septembre 2009

(cf. ci-dessus n° 24). Le 1^{er} septembre 2009, la Défenderesse a indiqué par lettre au Tribunal arbitral qu'elle considérait que la Requête soumise par les Demanderesses n'était qu'une nouvelle manière de gagner du temps, mais qu'elle ne s'opposerait pas à un renvoi de l'audience.

31. Le 7 septembre 2009, le Tribunal arbitral a tenu sa **première session** avec les Parties à Paris. Il a discuté avec elles de diverses questions de procédure, précisant qu'il les trancherait dans sa première ordonnance de procédure (cf. Procès-verbal de la session, p. 14).

S'agissant de la Requête aux fins de mesures conservatoires, le Tribunal arbitral a pris acte que la Défenderesse ne s'opposait pas à la rédaction d'une lettre adressée en commun avec les Demanderesses afin de requérir le report de l'audience prévue le 23 septembre 2009. Les Parties ont en outre convenu que celle d'entre elles qui obtiendrait gain de cause ne ferait pas exécuter une éventuelle décision du Tribunal régional de Dakar (cf. Procès-verbal de la première session, p. 15). Le même jour, la Défenderesse a confirmé, par lettre, l'engagement qu'elle avait pris. A la suite de l'intervention des Parties, l'audience qui devait avoir lieu le 23 septembre 2009 a effectivement été reportée (cf. ci-dessus n° 24).

32. Le 14 septembre 2009, le Tribunal arbitral a rendu son **Ordonnance de procédure No. 1** par laquelle il a décidé ce qui suit :

« 1.

- *Les audiences du Tribunal arbitral auront lieu en principe à Paris, à moins que les Parties conviennent d'un autre lieu et en informent le Tribunal arbitral à temps.*

2.

- *La procédure sera menée parallèlement en français et en anglais. Tous les documents émanant du Tribunal arbitral ou du Centre seront rédigés dans les deux langues et toutes les audiences feront l'objet d'une traduction simultanée ;*
- *Chacune des Parties est en droit de rédiger ses écritures (avec annexes) et ses correspondances dans la langue de son choix, sans devoir en offrir une traduction dans l'autre langue ;*
- *Le Tribunal arbitral décidera ultérieurement et selon son appréciation de l'allocation des coûts générés par cette décision.*

3.

- *Les Parties sont invitées à procéder à un premier échange d'écritures limité aux objections de compétence ;*
- *La Défenderesse est invitée à déposer sa demande sur ses objections de compétence au plus tard le 29 octobre 2009 ;*
- *Les Demanderesses sont invitées à déposer leur contre-mémoire dans les quarante- cinq jours suivant la réception de la première écriture, soit au plus tard le 14 décembre 2009 ;*
- *Le Tribunal arbitral décidera à réception de cette réponse s'il poursuit l'examen préalable de cette question ou s'il entend traiter de l'ensemble de l'affaire ;*

- Dans l'un et l'autre cas, le Tribunal arbitral fixera un calendrier après consultation des Parties.

4.

- Il est pris acte des engagements des Parties concernant la procédure pendante devant le Tribunal de Dakar.

5.

- La Défenderesse dispose d'un délai au 5 octobre 2009 pour répondre à la requête de mesures conservatoires ;
- Si elles le souhaitent, les Demanderesses pourront communiquer leur commentaire à cette réponse dans un délai de dix jours à compter de la réception de la réponse ;
- Si elle le souhaite, la Défenderesse communiquera ses observations à ce commentaire dans un délai de dix jours dès la réception de celui-ci ;
- Une audience aura lieu à Paris le 9 novembre 2009 pour entendre les Parties dans l'exposé oral de leurs moyens sur cet objet. »

33. Le 5 octobre 2009, la Défenderesse a déposé son « **Mémoire en réponse sur la demande de mesures conservatoires** ». Elle concluait notamment « à ce qu'il plaise au Tribunal arbitral rejeter dans son intégralité la demande de mesures conservatoires présentée par MIO et Sentel ».

34. Le 29 octobre 2009, la Défenderesse a déposé son « **Mémoire sur l'incompétence** » (voir ci-dessous n° 52 pour les conclusions).

35. Le 9 novembre 2009, le Tribunal arbitral a tenu une **audience sur les mesures conservatoires** à Paris avec les Parties (cf. Transcript 09.11.09). Les représentants des Parties ont eu l'occasion de présenter leurs moyens par oral et de répondre aux questions du Tribunal arbitral. A l'issue de cette audience, les représentants des deux Parties ont déclaré qu'elles n'avaient aucune nouvelle requête à formuler à propos de cette phase de la procédure.

36. Le 7 décembre 2009, le Tribunal arbitral a rendu son **Ordonnance de Procédure N° 2** par laquelle il a arrêté le texte de la retranscription de l'audience du 9 novembre 2009 (Transcript 09.11.09), sur la base des propositions faites et des positions prises par les Parties au sujet du projet qui leur avait été soumis.

37. Le 9 décembre 2009, le Tribunal arbitral a rendu sa « **Décision sur la Requête aux fins de mesures conservatoires des Demanderesses du 24 août 2009** » par laquelle il a recommandé ce qui suit :

- « 1. La Défenderesse est invitée à adresser en commun avec la Demanderesse 2 une requête au Tribunal régional de Dakar afin qu'il suspende la procédure pendante au Sénégal.
2. Cette mesure est valable jusqu'à ce que soit prise la décision du présent Tribunal arbitral se prononçant sur sa propre compétence.
3. En modification de l'Ordonnance qu'il a prise le 14 septembre 2009, le Tribunal arbitral décide qu'il se prononcera en priorité sur les objections

soulevées par la Défenderesse à sa compétence ; le calendrier de cette phase de la procédure sera communiqué aux Parties par une Ordonnance qui leur sera transmise après la notification de la présente décision, sur la base du calendrier envisagé lors de l'audience du 9 novembre 2009.

4. *Les autres demandes seront, au besoin, examinées plus tard à la requête expresse des Demanderesses.*
 5. *Le Tribunal réserve la question de l'allocation des coûts de cette procédure. »*
38. Le 14 décembre 2009, le Tribunal arbitral a rendu son **Ordonnance de Procédure N° 3** par laquelle il a décidé ce qui suit :
- « 1. *Comme convenu lors de la première session, les Demanderesses déposeront leur contre-mémoire sur les objections de compétence le 14 décembre 2009.*
 2. *La Défenderesse déposera sa réponse sur les objections de compétence le 15 janvier 2010.*
 3. *Les Demanderesses déposeront leur réplique sur les objections de compétence le 12 février 2010.*
 4. *Une conférence téléphonique se tiendra avec le Président du Tribunal à une date à déterminer afin de discuter avec les Parties de l'organisation de l'audience à venir.*
 5. *Une audience se tiendra à Paris le 31 mars et/ou 1^{er} avril 2010, sachant que si l'audience ne dure qu'un jour elle se tiendra le 1^{er} avril 2010. »*
39. Le 14 décembre 2009, les Demanderesses ont déposé leur « **Counter-memorial on jurisdiction** » (voir ci-dessous n° 52 pour les conclusions).
40. Le 23 décembre 2009, le Conseil de la Défenderesse a fait savoir au Tribunal arbitral que le Tribunal régional de Dakar avait fait droit à la demande de la Défenderesse et avait renvoyé l'affaire au 26 mai 2010.
41. Le 15 janvier 2010, la Défenderesse a soumis son « **Mémoire en réplique sur l'incompétence** » (voir ci-dessous n° 52 pour les conclusions).
42. Le 12 février 2010, les Demanderesses ont soumis leur « **Rejoinder on jurisdiction** » (voir ci-dessous n° 52 pour les conclusions).
43. Le 1^{er} avril 2010, le Tribunal arbitral a tenu **l'audience principale sur les questions de compétence**, à Paris avec les Parties. Aucun témoin n'a été entendu (voir ci-dessous n° 49). Les Conseils des Parties ont eu l'occasion de présenter leurs plaidoiries. A l'issue de cette audience, les Parties ont déclaré de ne pas avoir d'autres requêtes à présenter concernant cette phase de la procédure (Transcript 01.04.10, version française p. 58, version anglaise p. 140).

44. Le 19 avril 2010, le Président du Tribunal arbitral a invité les Conseils des Parties à formuler leurs conclusions sur les coûts de la procédure, pour le cas où il se déclarerait incompétent. Les Demanderesses l'ont fait par lettre du 30 avril 2010 ; la Défenderesse par lettre du 30 avril 2010. Le 7 mai 2010, les Conseils des Demanderesses ont formulé des objections à la liste soumise par la Défenderesse.
45. Le 11 mai 2010, le Tribunal arbitral a demandé à la Défenderesse de bien vouloir solliciter un report de l'audience qui devait avoir lieu le 26 mai 2010 devant le Tribunal régional de Dakar, afin de lui laisser suffisamment de temps pour rendre (en deux langues) sa décision sur la compétence. La Défenderesse a une nouvelle fois accepté cette demande et a informé le Tribunal arbitral que l'audience du Tribunal régional de Dakar aurait lieu le 28 juillet 2010 (lettre de Me Sermier du 28 mai 2010 ; cf. ci-dessus n° 24).

II. EN DROIT

A. EN GÉNÉRAL

1. La procédure arbitrale et la constitution du Tribunal arbitral

46. Les Demanderesses ont soumis leur Requête d'arbitrage le 11 novembre 2008 (voir ci-dessus n° 26). Cette Requête a été enregistrée par le Secrétariat du CIRDI le 31 décembre 2008, après réception des informations complémentaires qui avaient été sollicitées des Demanderesses (voir ci-dessus n° 27).

Le Tribunal arbitral a été constitué le 12 juin 2009 (voir ci-dessus n° 28). Aucune des Parties n'a formulé d'objection à cet égard.

47. La procédure a été conduite conformément aux règles du CIRDI.

Dans son Ordonnance de procédure No 3 (voir ci-dessus n° 38), le Tribunal arbitral a décidé de traiter spécialement et en priorité les questions touchant sa propre compétence. En conséquence, dans la présente phase de la procédure, le Tribunal arbitral ne traitera que de ces questions, renvoyant l'examen des questions de fond à une phase ultérieure pour le cas où il admettrait sa compétence.

48. Comme mentionné plus haut (voir ci-dessus n° 37), le Tribunal arbitral a déjà statué sur une demande déposée par les Demanderesses tendant à des mesures conservatoires. Aussi bien dans cette phase-là que dans la présente phase de la procédure, les Parties ont eu amplement l'occasion d'exposer leurs moyens par écrit et oralement.

49. Avec leurs écritures, les Demanderesses ont produit les témoignages de six témoins :

- M. Pape Abdoul Ba, fondateur de la SOSERCA (« *Attestation* » du 10 décembre 2009 ; « *Seconde Attestation* » du 12 février 2010),
- M. Youval Rosh, Directeur Général Senior de Sentel de juin 1998 à 2000 (« *Attestation* » du 9 décembre 2009 ; « *Seconde Attestation* » du 12 février 2010),
- M. Kemal Shefik, qui a travaillé pour Netcom, une entreprise du groupe MIC, et qui a participé à l'élaboration de l'offre de Sentel (« *Witness Statement* » du 9 décembre 2009),
- M. Marc Beuls, CEO de MIC du 1^{er} janvier 1998 au 1^{er} mars 2009, membre du conseil d'administration de Sentel de 2002 à 2003 (« *Witness Statement* » du 12 février 2010),
- M. Kevin Koch, « *General Manager* » de Sentel depuis avril 2008 (« *Witness Statement* » du 12 février 2010), et

- M. Lars Svenningsson, « *Corporate Secretary* » de MIC depuis juillet 2007 (« *Witness Statement* » du 12 février 2010).

La Défenderesse de son côté a renoncé à produire des déclarations de témoins. Elle a également expressément renoncé à contre-examiner les témoins des Demanderesses qui avaient rédigé une déposition.

50. Les Parties ont expressément confirmé à l'issue de l'audience du 1^{er} avril 2010 qu'elles n'avaient aucune objection à formuler à l'encontre de la procédure qui avait été suivie jusque là (Transcript 01.04.10, version française p. 58, version anglaise p. 140).
51. Conformément à la décision prise par le Tribunal arbitral dans son Ordonnance de procédure N° 1 (voir ci-dessus n° 32), toute la procédure a été menée parallèlement en français et en anglais. De même, la présente décision a été rédigée dans l'une des langues, puis traduite dans l'autre ; les deux versions font en conséquence également foi.

2. Les conclusions des Parties et le plan de la décision

2.1. Les conclusions des Parties

52. Dans leur dernier état, les conclusions des Parties sont les suivantes (les numéros entre crochets sont ajoutés par le Tribunal arbitral afin de faciliter les références):

Pour la Défenderesse (Déf. 15.01.10, n° 393) :

« Pour les raisons développées dans son déclinatoire de compétence et dans le présent mémoire, la République du Sénégal demande au Tribunal arbitral de :

- a. [Déf. 1] *Se déclarer incompétent pour examiner la demande de Sentel et la demande de MIO ;*
- b. [Déf. 2] *Condamner ces deux sociétés à payer à la République du Sénégal les frais de l'arbitrage ainsi que les frais engagés pour assurer sa défense. »*

Pour les Demanderesses (Dem. 14.12.09, n° 422) :

« For the foregoing reasons, the Claimants request the following relief :

- (i) [Dem. 1] *a declaration that the Tribunal has jurisdiction and is competent to decide the claims before it brought by Sentel ;*
- (ii) [Dem. 2] *a declaration that the Tribunal has jurisdiction and is competent to decide the claims before it brought by MIO;*
- (iii) [Dem. 3] *without prejudice to any final determination of the merits of the parties' dispute, an order that Senegal pays all costs*

incurred in relation to the objections to jurisdiction it raised, including the costs of the arbitrators and ICSID, as well as the legal and other expenses incurred by the Claimants including but not limited to the fees of their legal counsel, experts and consultants as well as the Claimants' own employees, on a full indemnity basis, plus interest thereon at a reasonable commercial rate;

- (iv) [Dem. 4] *any other relief the Arbitral Tribunal may deem appropriate in the circumstances; and*
- (v) [Dem. 5] *order in respect of the procedure for the next phase of this case. »*

2.2. L'objet et le plan de la décision

53. Les conclusions touchant la fixation et l'allocation éventuelles des frais et de dépens de l'arbitrage mises à part, la présente décision a pour seul objet l'examen des objections de compétence soulevées par la Défenderesse à l'encontre des actions introduites contre elle par les Demanderesses. La compétence du Tribunal arbitral pour en juger est incontestable, qui découle de l'article 41(1) de la Convention CIRDI aux termes duquel « [l]e Tribunal est juge de sa compétence ».

Ainsi qu'il a été rappelé plus haut (voir ci-dessus n° 37), le Tribunal arbitral a décidé de traiter de cette question en priorité : s'il admet sa compétence pour l'une des actions au moins, l'instance se poursuivra ; dans le cas contraire, elle prendra fin.

54. Pour le Tribunal arbitral, les conclusions prises justifient qu'il examine les questions dans l'ordre suivant :
- la compétence du Tribunal arbitral par rapport à MIO, Demanderesse 1 (ci-dessous B),
 - la compétence du Tribunal arbitral par rapport à Sentel, Demanderesse 2 (ci-dessous C),
 - la fixation et l'allocation des frais et dépens (ci-dessous D), ainsi que, selon les conclusions auxquelles arrivera le Tribunal arbitral sur les deux premières questions,
 - la fixation éventuelle de la suite de la procédure (ci-dessous E).

B. LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL PAR RAPPORT À MIO

1. Le problème

55. Selon la Défenderesse, le Tribunal arbitral ne serait pas compétent dans la présente affaire par rapport à la Demanderesse 1, MIO, ce que contestent les Demanderesses.

La Défenderesse prend en effet la conclusion [Déf. 1] suivante :

« [...] *la République du Sénégal demande au Tribunal arbitral de :
Se déclarer incompétent pour examiner [...] la demande de MIO* ».

Les Demanderesses y opposent la conclusion [Dem. 2] suivante en invitant le Tribunal arbitral à faire:

« *a declaration that the Tribunal has jurisdiction and is competent to
decide the claims before it brought by MIO* ».

56. En ce qui concerne MIO, les Demanderesses fondent leurs prétentions sur l'article 10 de l'Accord, qui a la teneur suivante :

« *La Partie Contractante sur le territoire de laquelle un ressortissant de l'autre Partie Contractante effectue ou envisage d'effectuer un investissement, devra consentir à toute demande de la part de ce ressortissant en vue de soumettre, pour arbitrage ou conciliation, tout différend pouvant surgir au sujet de cet investissement au Centre institué en vertu de la Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats.* »

57. Or, lorsque les conditions de cet article sont remplies, l'investisseur qui se prétend lésé peut se prévaloir de l'article 25 de la Convention CIRDI, dont le premier paragraphe (phrase 1) a la teneur suivante :

« *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.* »

- a) On en déduit traditionnellement, sous des présentations parfois différentes en raison des inévitables recoupements qui existent entre elles, qu'un tribunal arbitral saisi d'une demande fondée sur cette disposition combinée avec la clause compromissoire prévue par un traité est compétent aux conditions suivantes :

- (1) la partie demanderesse a consenti par écrit à l'arbitrage,

- (2) l'Etat contre lequel l'action est dirigée y a également consenti par écrit,
 - (3) la partie demanderesse est un ressortissant de l'autre Etat contractant,
 - (4) elle fait valoir un différend d'ordre juridique qui entre dans le champ de la clause compromissoire du traité, et
 - (5) ce différend est en relation directe avec un investissement.
- b) Les conditions suivantes ne paraissent pas contestées et sont incontestables :
- La Demanderesse 1 a consenti par écrit à l'arbitrage (condition 1). Il est de jurisprudence constante qu'un tel consentement découle nécessairement de la requête déposée par elle auprès du Centre (dans ce sens notamment : Chr. SCHREUER et al., *The ICSID Convention, a Commentary*, 2^{ème} édition, Cambridge 2009, article 25 n° 416 ss, et les références). Cette mesure ne pourrait en effet être comprise autrement.
 - La Défenderesse ne conteste pas que la Demanderesse 1 est ressortissante de l'autre Etat contractant, à savoir les Pays-Bas où elle se trouve immatriculée (condition 3). Il est vrai qu'elle conteste que la protection s'étende à elle mais cela pour d'autres raisons.
 - La Demanderesse 1 fait valoir un différend d'ordre juridique (condition 4) ; elle fonde son action sur le fait que la Défenderesse aurait violé les règles de l'Accord, notamment l'interdiction de l'expropriation, en résiliant la Concession qui avait été accordée à Sentel dont elle est indirectement propriétaire. Sans doute ces faits ne sont à ce stade nullement établis, mais ils sont au moins allégués et le Tribunal arbitral ne peut se prononcer à leur sujet faute d'avoir procédé à une instruction.
- c) La Défenderesse se prévaut en revanche du fait que les autres conditions nécessaires à la compétence du Tribunal arbitral ne seraient pas remplies, savoir :
- qu'elle n'aurait pas donné son consentement par écrit à une action du genre de celle qui lui est intentée (condition 2) (Déf. 29.10.09, n° 17 ss), question qui sera examinée ci-dessous sous le chiffre 2 ; et
 - que la Demanderesse 1 n'aurait pas prouvé avoir fait un investissement protégé (condition 5) (Déf. 29.10.09, n° 137 ss), question qui sera examinée ci-dessous sous le chiffre 3.

58. La réponse aux questions posées exige du Tribunal arbitral qu'il interprète l'Accord et la Convention CIRDI. Il doit le faire en application de la « *Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités* » (ci-après la « *Convention de Vienne* »), Convention à laquelle les deux Etats ont adhéré : les Pays-Bas le 9 mai 1985, le Sénégal le 11 mai 1986.

Le principe de base, exprimé par l'article 31 alinéa 1 de la Convention de Vienne énonce que « *[u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but* ». Ce principe, comme les autres règles qui le complètent, s'applique de manière générale à l'interprétation des traités, sans qu'il soit nécessaire d'opérer de distinctions. Sans doute vise-t-il d'abord l'interprétation des traités pour la résolution des difficultés que pourrait générer une disposition dans les relations entre les Etats liés ; rien ne s'oppose toutefois à ce qu'il puisse être également invoqué par les tiers auxquels un traité concède des droits propres, comme c'est en l'espèce le cas de l'Accord et de la Convention CIRDI.

59. A titre subsidiaire, la Demanderesse invoque la clause de la nation la plus favorisée telle qu'elle est exprimée à l'article 3 de l'Accord, et les solutions consacrées par d'autres traités bilatéraux conclus par le Sénégal, en particulier ceux passés avec la Corée et le Royaume-Uni (Dem. 14.12.2009, n° 371 ; Dem. 12.02.2010, n° 33 et 228 ; Transcript 01.04.10, version française p. 39-43, version anglaise p. 96-107). La Défenderesse estime pour sa part que cette clause ne peut être invoquée pour étendre la protection juridictionnelle (Déf. 29.10.2009, n° 94-109 ; Déf. 15.01.2010, n° 332 ss ; Transcript 01.04.10, version française p. 11, version anglaise p. 18). Le Tribunal arbitral n'examinera cet argument que si les autres ne suffisent pas à fonder sa compétence.

2. L'existence d'un consentement valable du Sénégal à l'arbitrage

2.1. En général

60. Le Tribunal arbitral convient avec la Défenderesse (Déf. 29.10.2009, n° 19) qu'il n'existe pas de présomption selon laquelle un Etat aurait consenti à un arbitrage CIRDI. Il appartient à la partie qui le prétend d'en apporter la preuve et au Tribunal arbitral de s'en assurer, au besoin *ex officio*.

Selon la Défenderesse, deux arguments, l'un et l'autre tirés de l'Accord, s'opposent en l'espèce à considérer que le Sénégal aurait accepté de se soumettre à la juridiction du CIRDI :

- d'abord parce que le consentement ne découlerait pas de la seule conclusion de l'Accord mais exigerait une manifestation spéciale en rapport avec la procédure ouverte, un consentement spécial qui ferait défaut en l'espèce (ci-dessous chiffre 2.2) ;
- ensuite parce que l'Accord ne reconnaît le droit de recourir à l'arbitrage CIRDI qu'aux personnes physiques, à l'exclusion des personnes morales, comme l'est incontestablement MIO (ci-dessous chiffre 2.3).

2.2. *L'exigence d'un consentement spécial*

61. a) *Pour la Défenderesse*, aucun consentement spécial n'a été donné au présent arbitrage. Elle tire argument du texte de l'article 10 de l'Accord pour affirmer que le Sénégal, en ratifiant celui-ci, n'aurait pas accepté de se soumettre, de manière générale et abstraite, à toutes les procédures que des investisseurs potentiels pourraient lui intenter mais qu'il serait nécessaire qu'elle donne pour chacune d'elles un consentement spécial lorsqu'elle est saisie d'une telle demande (Déf. 29.10.2009, n° 29 ss).

En effet, argumente-t-elle, le texte prévoit que l'Etat, en l'occurrence le Sénégal, « [...] *devra consentir à toute demande de la part de ce ressortissant en vue de soumettre [un différend], pour arbitrage ou conciliation [...]* ». Elle en déduit que le ressortissant qui entend agir devrait d'abord lui en faire la demande et qu'elle disposerait d'un pouvoir discrétionnaire d'y consentir ou non (Déf. 1.01.2010, n° 316).

b) *Pour les Demanderesses*, l'article ne pourrait pas être interprété autrement que comme le consentement générique donné par le Sénégal à la soumission au Centre pour toutes les requêtes qui pourraient être adressées à son encontre (Dem. 14.12.2009, n° 352 ; Dem. 12.02.2010, n° 198).

62. Pour le Tribunal arbitral, l'interprétation de la disposition selon les principes de la Convention de Vienne exige que l'on tienne compte de tous les éléments qui en expriment et en expliquent le contenu. Il n'y a pas de hiérarchie entre ces éléments, mais ils se combinent et se complètent pour rendre le sens qui objectivement correspond le mieux à la solution du problème posé.

En l'espèce, le Tribunal arbitral retient les éléments suivants :

63. a) *Le texte de l'article 10* n'est pas univoque. Même s'il est en principe possible de convenir dans un traité qu'une action soit sujette à un consentement préalable de l'Etat contractant, il semble approprié de donner à la clause le sens retenu par les Demanderesses. Dans la version la plus restrictive, l'usage du verbe « *devra* » (« *devra consentir* ») peut être compris en ce sens qu'il ouvrirait certes à l'Etat contractant le pouvoir de se déterminer spécialement, au vu de « la demande » que lui adresserait la partie qui entend agir. Toutefois, même dans cette hypothèse, il est prescrit que l'Etat non seulement « *pourra* » mais « *devra* » donner son consentement. Rien dans le texte ne permet d'admettre que cette décision serait laissée à sa libre appréciation.

Il est plus vraisemblable qu'en dépit de la formulation de la règle, la ratification de l'Accord par le Sénégal emporte consentement au système de l'arbitrage CIRDI. On ne voit pas pour quelle raison il serait nécessaire, comme l'affirme la Défenderesse (Déf. 15.01.2010, n° 312), de consacrer une procédure en deux temps par laquelle la partie qui entend agir devrait, avant de déposer sa requête, demander à l'Etat contractant une autorisation que celui-ci ne serait pas en droit de lui refuser, sauf indication précise en sens contraire. Il est plus raisonnable d'y voir une offre unilatérale et un engagement du Sénégal de se soumettre à la

compétence du CIRDI ; la requête de la partie Demanderesse 1 constitue la « demande » et revient à l'acceptation de l'offre faite par l'Etat ; elle ne crée pas ce consentement, elle l'actualise.

64. *b) L'origine de la règle* conforte cette interprétation, selon les Demanderessees (Dem. 14.12.09, n° 359 ss). En effet, l'ancien article 5 ter de *l'Accord de 1965 sur la coopération économique* (tel qu'amendé en 1972) ne prévoyait qu'une obligation morale, que le texte de l'article 10 de l'Accord a érigé en obligation juridique. Sans doute cette règle consacre-t-elle au premier chef une obligation interétatique (Déf. 15.01.2010, n° 318), mais on ne voit pas pourquoi la consécration par la nouvelle règle de son caractère obligatoire ne pourrait pas être étendue aux investisseurs, lesquels sont précisément les destinataires de la disposition sur la résolution des différends.
65. *c) L'esprit de la règle* confirme l'interprétation retenue. L'objectif d'un traité comme celui qui est en cause est bien de garantir une protection efficace et intégrale. Cet objectif est explicité notamment par les articles 3 et 4 de l'Accord, qui tendent à une « sécurité intégrale » (article 4, chiffre 1). Or, pareil objectif ne peut être véritablement atteint que si les investisseurs, bénéficiaires prioritaires de la protection, disposent des moyens juridiques leur permettant d'en obtenir le respect. Admettre le contraire reviendrait à faire de l'Accord une « *lex imperfecta* », dont l'application serait en définitive laissée à la discrétion de l'Etat bénéficiant de l'investissement, dès lors qu'il pourrait à sa guise donner ou refuser son consentement. Telle ne peut pas avoir été l'intention des Parties Contractantes.

La règle n'a au reste rien d'extraordinaire dans la mesure où elle ne signifie pas autre chose pour l'Etat concerné que l'acceptation de se soumettre à une procédure arbitrale conduite sous l'égide du CIRDI par des arbitres indépendants dans une procédure au cours de laquelle il aura toute opportunité de défendre ses positions.

66. Pour les motifs qui viennent d'être présentés, le Tribunal arbitral conclut que la République du Sénégal, en ratifiant l'Accord, a de manière générale donné son consentement à tout arbitrage qui pourrait être ultérieurement introduit contre elle dans une procédure CIRDI aux conditions prévues à l'article 10.

2.3. La limitation de la protection aux personnes physiques

67. *a) Pour la Défenderesse*, son consentement, s'il existe, ne s'appliquerait pas aux personnes morales (Déf. 29.10.2009, n° 53). Elle tire également argument du texte de l'article 10 de l'Accord pour affirmer que son consentement serait limité aux personnes physiques. En effet, argumente-t-elle, le texte de l'article 10 accorderait la protection à un « *ressortissant de l'autre partie* » ; or, l'article 1 alinéa 3 de l'Accord en donne une définition claire : « *le terme 'ressortissants' comprend à l'égard de l'une et l'autre des Parties contractantes les personnes physiques ayant la nationalité de cette Partie contractante conformément à la législation de celle-ci.* » La Demanderesse 1 étant une société ne pourrait donc se prévaloir de la règle sur la résolution des différends.

68. *b) Pour les Demanderesses* au contraire, l'omission de toute mention des sociétés serait une inadvertance qu'il appartiendrait au Tribunal arbitral de corriger. La protection visée par l'article 10 devrait englober les sociétés, conformément à la systématique de l'Accord, à son but et à son origine. Quoiqu'il en soit, l'article 8 de l'Accord consacre le principe de la clause de la nation la plus favorisée, ce qui serait une raison de plus, au vu de traités signés ultérieurement par le Sénégal, de consacrer une interprétation large (Dem. 14.12.09, n° 191 ss).

69. Pour le Tribunal arbitral, il convient de tenir compte des éléments suivants :

70. *a) Le texte de l'article 10 de l'Accord*, combiné à la définition que donne l'article 1, paraît clair, à première vue du moins : dès lors que le premier article ne mentionne que les « ressortissants » et que le second définit cette notion sans ambiguïté, la solution paraît s'imposer.

Toutefois, contrairement à ce que semble affirmer la Défenderesse (Déf. 29.10.2009, n° 64 ; Déf. 15.01.2010, n° 288), pareille conclusion, si tant est qu'elle s'impose, n'est pas définitive pour déterminer le sens de la règle. En effet, conformément à l'article 31 alinéa 1 de la Convention de Vienne, les « *termes du traité* » doivent être interprétés « *de bonne foi* » suivant le sens qu'il convient de leur attribuer « *dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but* ». Il en découle que le texte, même apparemment « clair », n'est pas le seul élément à retenir pour interpréter une règle, une affirmation que confirment les paragraphes suivants de la disposition qui énumèrent les éléments dont l'interprète peut et doit tenir compte « *outré le texte* ». De plus, l'article 32 de la Convention de Vienne permet au besoin de recourir à des moyens complémentaires d'interprétation, notamment lorsque celle qui est donnée conformément à l'article 31 « *(b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable* ».

C'est à la lumière de ces principes qu'il convient d'examiner la portée des autres éléments à la disposition du Tribunal arbitral.

71. *b) La fonction de l'article 10 dans le système de l'Accord* est fondamentale. Une disposition ne peut être comprise qu'intégrée dans le corps de texte dont elle fait partie et constitue l'une des pièces. Or, l'article consacre la seule voie conventionnellement acceptée par les Parties Contractantes pour garantir aux investisseurs l'effectivité du contenu du reste de l'Accord. Toutes les dispositions matérielles – à l'exception d'une seule dont il sera question ci-dessous - affirment accorder une protection spéciale tant aux ressortissants (au sens de l'article 1) qu'aux « *sociétés de l'autre Partie* » ; toutes placent donc sur le même pied personnes physiques et sociétés. On ne voit pas pour quelle raison les principes étendus à tous les investisseurs, sans égard à leur nature, ne justifieraient de protection judiciaire qu'au bénéfice des personnes physiques.

Cette fonction apparaît plus clairement à la lecture d'autres éléments de l'Accord :

- Le Préambule de l'Accord affirme expressément l'intention des deux Parties Contractantes « *de créer des conditions favorables à l'investissement de capitaux par des ressortissants et des sociétés de l'un*

des deux Etats sur le territoire de l'autre Etat », sans que l'on puisse déceler la moindre volonté de restreindre cet objectif aux personnes physiques. Tout au contraire, ce Préambule, destiné à résumer l'objet et le but de l'Accord, milite clairement en faveur de la volonté inverse excluant toute différence entre les deux types d'investisseurs.

- L'article 4 paragraphe 1 de l'Accord en est une parfaite illustration selon lequel « *les investissements de capitaux effectués par des ressortissants et des sociétés d'une Partie contractante jouiront, sur le territoire de l'autre Partie Contractante, d'une protection et d'une sécurité intégrale* » (souligné par le Tribunal arbitral). On en déduit (1) qu'il ne peut y avoir de « protection et de sécurité intégrale » qui si le fonctionnement de l'Accord est armé de la possibilité pour tout investisseur de saisir un tribunal arbitral s'il se prétend victime d'une violation, et (2) que cette « protection et cette sécurité intégrale » doivent être garanties aussi bien et sans différenciation aux personnes physiques et aux sociétés.
- On ne verrait pas non plus comment concilier la version restrictive de l'article avec le texte de l'article 4 paragraphe 2 de l'Accord qui entend protéger « *les ressortissants et sociétés d'une Partie Contractante* » contre les risques d'une expropriation (phrase 1) et réserve expressément dans ce contexte la possibilité pour (toutes) les entités visées de recourir notamment à la procédure prévue par l'article 10 (phrase 3).
- Il est vrai que la même distinction est faite par le texte de l'article 9 de l'Accord, la disposition qui précède immédiatement l'article 10 et qui se rapporte au traitement fiscal ; cette règle paraît elle aussi réservée aux seules personnes physiques, puisqu'il n'y est fait mention que des « ressortissants ». Ce n'est pas ici le lieu d'interpréter cette disposition. En tout état de cause, cette exception ne suffirait pas à expliquer pourquoi l'article 10 priverait les sociétés, expressément protégées par le reste de l'Accord, de la seule voie leur permettant d'obtenir la reconnaissance de leurs droits.

c) *L'objet et le but de la règle* étayent pleinement cette interprétation. L'assimilation que fait en principe l'Accord entre les personnes physiques et les personnes morales est parfaitement compréhensible car on ne voit pas pourquoi un investissement devrait être moins bien protégé selon qu'il est fait par une personne physique ou par une société. La pratique établirait d'ailleurs qu'il est infiniment plus fréquent que les investissements effectués dans les domaines visés par l'Accord le soient par des sociétés, et non directement par des personnes physiques. D'ailleurs l'Accord, dans la définition des personnes morales, vise à travers elles les « ressortissants » qui les contrôlent directement ou indirectement (cf. article 1, chiffre 4, lettre b) ; il serait donc possible à une personne physique détenant quelques actions dans une entreprise d'investissement d'agir, alors que cela serait interdit à une société ayant les mêmes actions.

L'objectif général est de favoriser les investissements, quels qu'en soient ceux qui en prennent le risque. On constatera d'ailleurs en passant qu'il serait pour le moins

surprenant qu'un texte précisément destiné par nature à proscrire toute forme de discrimination non fondée en consacre une aussi fondamentale que celle-ci.

72. *d) La compréhension de la règle* qu'en a eue le Royaume des Pays-Bas confirme également cette analyse. Les Demanderesses ont en effet invoqué à l'appui de leur thèse les travaux préparatoires ayant entouré l'adoption de l'Accord par le Parlement néerlandais (Dem. 14.12.2009, n° 358, « *Explanatory Memorandum* », Dem. 22.12.08, pièce C-30): il en ressort que celui-ci a été compris comme reconnaissant une protection équivalente aux personnes physiques et aux sociétés. Il n'est pas nécessaire au Tribunal arbitral de déterminer si, comme le prétend la Défenderesse (Déf. 29.10.2009, n° 80 ; Déf. 15.01.2010, n° 325), il convient de denier toute portée conclusive à ces documents, parce qu'ils sont certes liés à l'adoption de l'Accord mais par une seule des parties. Rien n'interdit au Tribunal arbitral de les retenir afin de confirmer le sens dans lequel ce texte a été effectivement compris par l'une des deux Parties Contractantes.
73. *e) La relation de l'article 10 avec le système d'arbitrage du CIRDI* permet enfin de compléter la compréhension de la règle par le lien qu'elle crée avec la Convention CIRDI. Le terme « ressortissant », tel qu'il est employé à la première et à la troisième lignes de la disposition, doit être replacé dans le contexte immédiat qui est le sien, en prenant en considération l'ensemble des termes de l'article, qui composent une seule et même phrase. A l'intérieur de cette phrase, le terme « ressortissant » est employé trois fois : les deux premières fois pour désigner la personne qui, ayant réalisé ou envisagé un investissement, peut prendre l'initiative d'engager une procédure arbitrale, la troisième fois à la dernière ligne, dans l'intitulé de la Convention de Washington qui est reproduit. Or il est certain qu'à la troisième fois, le terme ne peut qu'englober les personnes physiques et les personnes morales, puisqu'il y est question des « ressortissants » au sens de la Convention de Washington ; c'est en effet la définition qu'en donne cette Convention qui est pertinente et son article 25(2) retient une définition large.

Pour le Tribunal arbitral, l'usage du terme « ressortissants » dans l'article 10 doit être compris dans le sens de général de la Convention, et non dans le sens spécial de l'article 1, adapté aux autres dispositions de l'Accord.

74. Pour ces motifs, et sans qu'il soit besoin de discuter les autres arguments avancés par les Demanderesses à l'appui de leur thèse, le Tribunal arbitral retient que la protection offerte par l'article 10 de l'Accord s'étend aux sociétés et que, par voie de conséquence, MIO peut s'en prévaloir

2.4. Conclusion

75. Il découle des développements qui précèdent que le Tribunal arbitral considère que la République du Sénégal a donné son consentement aux actions introduites contre elle par une société devant un Tribunal arbitral CIRDI. Sous cet angle et sous réserve des autres conditions qui seront encore examinées, le Tribunal arbitral juge avoir compétence pour se prononcer sur les conclusions prises par les Demanderesses dans la présente procédure.

Pour cette raison, le Tribunal arbitral juge superflu d'examiner en plus si, n'étaient les arguments discutés, la même conclusion ne devrait pas être déduite des conséquences – controversées – tirées de l'application de la clause de la nation la plus favorisée.

3. L'existence d'un investissement protégé

3.1. En général

76. Le Tribunal arbitral n'a compétence que si l'action intentée est fondée sur la violation de l'Accord en relation avec des investissements protégés au sens de cet Accord et de la Convention CIRDI.

a) *Pour la Défenderesse* (Déf. 15.01.10, n° 272 ss pour Sentel et n° 359 ss pour MIO), cette condition ne serait pas remplie pour deux motifs avant tout ; elle considère en effet

- que l'on ne se trouverait pas en présence d'un investissement au sens des textes à la base de l'action, et
- que, même si ce devait être le cas, la Demanderesse 1 ne pourrait être considérée comme en étant l'auteur.

b) *Pour les Demanderesses* (Dem. 12.02.10, n° 156 ss pour Sentel et n° 178 ss pour MIO), ces deux objections ne résisteraient pas à l'analyse.

Il appartient donc au Tribunal arbitral d'en juger en examinant successivement

- si l'on se trouve en présence d'un investissement au sens des textes invoqués (ci-dessous chiffre 3.2), et, dans l'affirmative,
- si l'on se trouve en présence d'un investissement protégé de MIO (ci-dessous chiffre 3.3).

3.2. L'existence d'un investissement

77. Détachée des autres aspects relevant d'autres conditions, la question à trancher est de décider si les prestations que prétend avoir faites la Demanderesse 1 en relation avec la société Sentel au Sénégal constituent un investissement au sens des textes applicables. Les Demanderesses l'affirment (Dem. 14.12.2009, n° 338 ss ; Dem. 12.02.2010, n° 29 et 178 ss), alors que la Défenderesse le nie (Déf. 15.01.10, n°369 ss).

78. a) *Les faits* ne sont sur ce point pas contestés. A l'origine, c'est bien la société MIC qui, directement ou par des sociétés de son Groupe, a constitué la société Sentel. Elle en a largement financé le lancement et l'exploitation. Par le biais de sa filiale, elle a pu établir et exploiter au Sénégal un réseau de téléphonie mobile. Ce n'est pas le lieu de discuter ici si les conditions dans lesquelles se sont faites

l'exploitation et l'application de la Concession répondaient aux exigences ; ce sera l'objet, si tant est que le Tribunal arbitral se déclare compétent, de la phase consacrée à l'examen des questions de fond. Il suffit à ce stade de constater que le principe des prestations n'est pas contesté.

Il est vrai que la société MIC a fait cet investissement par l'intermédiaire d'une des sociétés de son Groupe et que les titres sur lesquels repose l'investissement ont été par la suite en partie transférés. Le Tribunal arbitral y reviendra plus loin (cf. ci-dessous n° 82). Cela ne change rien au fait que, pour la question ici discutée, les sociétés du Groupe MIC ont été les fondatrices et sont encore les actionnaires de la société Sentel.

Or il est admis que, pour être protégé, un investissement doit répondre aussi bien à la définition de l'Accord spécial passé entre les deux Etats contractants qu'à celle de la Convention CIRDI. Cela a été par exemple jugé dans la sentence du 24 mai 1999 en la cause *Československa obchodní banka, a.s. c. République slovaque* (Affaire CIRDI n° ARB/97/4, *ICSID Rev.—FILJ* 251 (1999), p. 14 ss, n° 68, pièce CL-17).

79. b) *L'Accord* donne de l'investissement une définition extrêmement large. Selon l'article 1 alinéa 1, « le terme 'investissements de capitaux' comprend toutes les catégories de biens, y inclus toutes les catégories de droit ». Le fait pour une société étrangère de constituer et de financer une société de téléphonie mobile qui exploitera un réseau de téléphonie mobile entre à l'évidence dans la définition. Il est manifeste que les prestations sont aussi faites en vue d'en retirer des « produits » que l'article 1 alinéa 2 désigne comme « les montants réalisés à titre de bénéfice ou d'intérêt sur l'investissement de capitaux ».

Pour le Tribunal arbitral, l'affirmation ne fait guère de doute et n'appelle pas d'argumentation supplémentaire.

80. c) *La Convention CIRDI* ne contient pas non plus de définition de l'investissement. La pratique a en général retenu un concept large, même pour celles des décisions qui ont recouru à des critères particuliers tels que ceux énoncés dans la décision du 23 juillet 2001 *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc* (Affaire CIRDI n° ARB/00/4, *Journal du droit international* 196 (2002), p. 124, pièce CL-27). Ce n'est non plus le lieu pour le Tribunal arbitral de discuter de l'adéquation de chacune de ces conditions, tant il paraît évident que, quelle que soit la liste retenue, elles sont en l'espèce toutes remplies :

- Il y a eu des contributions faites par une partie sur le territoire du Sénégal, en l'espèce la constitution et le financement d'une société exploitant un réseau de téléphonie mobile;
- Ces contributions étaient faites pour une certaine durée, puisque la Concession a été accordée à la société locale pour vingt ans (article 1 alinéa 5 de la Concession) ;

- Ces contributions étaient de nature à générer des revenus en faveur du Concessionnaire, et donc indirectement de son ou de ses actionnaires ;
- Ces contributions présentaient un certain risque, allant au-delà d'un simple risque commercial ;
- Ces contributions permettaient par l'intermédiaire de la société concessionnaire de favoriser le développement économique du Sénégal.

81. Pour les motifs qui viennent d'être présentés, le Tribunal arbitral admet que la constitution de Sentel, son financement et son exploitation par la Demanderesse 1 remplissent les conditions d'un investissement tant en vertu de l'Accord que de la Convention CIRDI.

3.3. *L'existence d'un investissement protégé*

82. Si le Tribunal arbitral admet que l'on se trouve en présence d'un investissement, encore faut-il s'assurer que MIO puisse, pour se prévaloir de l'Accord, établir que c'est bien elle qui a fait tout ou partie de l'investissement.

- *Pour la Défenderesse*, l'investissement aurait été fait par MIC, qui est une société luxembourgeoise et non par MIO (Déf. 29.10.2009, n° 125) ; de plus, s'il devait apparaître en fait que ce serait aujourd'hui MIO qui contrôlerait indirectement Sentel, à aucun moment elle n'en aurait informé la Défenderesse, contrairement au prescrit de la Concession qui en fait obligation à la Concessionnaire.
- *Pour les Demanderesses*, l'investissement aurait bien été fait par une société du Groupe MIC, dans lequel il y aurait eu d'emblée des capitaux néerlandais (Dem. 12.02.2010, n° 233) et la seule modification qui est formellement intervenue dans l'actionnariat aurait été formellement signifiée à la République (Dem. 12.02.10, n° 171).

83. a) *Les faits* qui entourent le financement et l'actionnariat direct ou indirect de Sentel ne sont pas faciles à reconstituer sur la base du dossier. Pour le Tribunal arbitral, les opérations paraissent s'être faites dans les conditions suivantes :

L'actionnariat de Sentel a passé par les phases suivantes :

- Le 30 juillet 1998 (Déf. 15.01.10, pièce R-32 ; Dem. 22.12.08, pièces C-26 et C-23 ; Dem. 12.02.10, pièce C-50), *SENTEL GSM* a été créée à Dakar. Son capital était de 60 000 000 FCFA divisé en 6 000 parts de 10 000 FCFA chacune. Lors de sa création, les actionnaires étaient les suivants :
 - à hauteur de 4 498 actions, Tucan Corporation NV, société incorporée aux Antilles Néerlandaises, devenue le 11 décembre 1998 *Millicom Senegal NV*, société également incorporée aux Antilles néerlandaises ;
 - à hauteur de 1 500 actions, M. Pape Abdoul Ba ;

- à hauteur de 1 action chacun, M. Peter Gordon Macnee (dont l'action sera reprise le 9 octobre 1998 par M. Christophe Vivic), et M. Mark Christopher Lewis (dont l'action sera reprise le 2 février 1999 par M. David Kimche).
- Le 14 mars 2006, Sentel a informé le Ministre des Postes, des Télécommunications et des Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication, d'un changement dans l'actionnariat : « *Cette modification, qui n'apporte pas de changement dans le contrôle de la société Sentel, est intervenue suite à la cession de 25% des actions détenues par Monsieur Abdoul BA au profit de l'actionnaire principal de Sentel gsm, Millicom Senegal N.V., par contrat en date du 14 mars 2006* » (Dem. 12.02.2010, pièce C-46).
- En 2007, selon le rapport de Price Waterhouse Coopers sur Sentel, les actions de Sentel étaient détenues à concurrence de 5999 par Millicom Senegal N.V. et à concurrence de 1 action par M. Pape Abdoul Ba (Dem. 12.02.10, pièce C-47, p. 26).

Le rôle de MIO dans cette structure a passé par les phases suivantes :

- *Millicom Senegal N.V.* (anciennement Tucan Corporation NV), actionnaire principal de Sentel, a appartenu à Holland Intertrust (Antilles) N.V. du 21 mai 1992 au 22 juin 1993, puis à Millicom Holding B.V, et depuis le 9 décembre 1999 à MIC Africa B.V., dont le siège se trouve à Rotterdam. Le 2 août 2002, Millicom Senegal N.V. était propriétaire de 5 984 actions de Sentel, sans doute par reprise d'une partie des actions de M. Pape Abdoul Ba.
- *MIC Africa B.V.* (précédemment appelée Keurslagerij B.V.), actionnaire principal de Millicom Sénégal N.V., a un capital autorisé de 100 actions à 1 000 NLG chacune, dont seules 40 ont été émises et payées. 25 actions ont été émises dès 1987 et ont appartenu successivement à M. H. Veenstra de 1978 au 29 janvier 1997, à la société Towerbridge B.V. jusqu'au 4 décembre 1998 et à la société Cardinal Holding B.V. jusqu'au 29 avril 1999.
- *Millicom Holding B.V.* (avec siège à Westblaak 89, 3012 KG Rotterdam) est ensuite devenue propriétaire de ces 25 actions, ainsi que de 15 autres, émises le 10 juin 1999.
- Le 3 février 2000, ces 40 actions ont été reprises par *Millicom International Operations S.A.* (siège au Luxembourg) suite à un « *deed of distribution and transfer* ».
- Le 13 décembre 2000, la société *Millicom International Operations B.V.* (avec son siège à Locatellikade 1, 1076 AZ Amsterdam), a repris les 40 actions suite à un « *deed of issue and contribution* ».

- b) En résumé, il apparaît que Sentel appartient intégralement (moins une action)
- à *Millicom Sénégal N.V.*, société incorporée aux Antilles néerlandaises,
 - laquelle appartient intégralement à *Millicom Africa B.V.*, dont le siège est à Rotterdam,
 - laquelle appartient intégralement à MIO, qui a également son siège à Rotterdam.

MIO est ainsi, au sein du Groupe MIC, la structure générale, à qui appartient la société d'exploitation des affaires en Afrique (*Millicom Africa B.V.*), à qui appartient la société d'exploitation des affaires au Sénégal (*Millicom Sénégal N.V.*), laquelle est propriétaire de Sentel.

- c) *Le contrôle indirect de MIO sur Sentel* est incontestable. Or il s'agit d'une société néerlandaise, au sens de l'article 1(4)(a) de l'Accord. Les Pays-Bas étant un Etat contractant à la Convention de Washington, MIO est un ressortissant d'un autre Etat contractant, comme requis par l'article 25 de la Convention de Washington.

Il est vrai que ce contrôle n'est qu'indirect, puisqu'il passe par la société d'exploitation africaine, puis par la société d'exploitation sénégalaise. Mais ces deux sociétés sont-elles aussi liées aux Pays Bas : la première a son siège à Rotterdam ; la seconde a son siège aux Antilles néerlandaises, lesquelles sont également visées par l'article 12 de l'Accord (« *En ce qui concerne le Royaume des Pays-Bas, le présent Accord s'appliquera au territoire du Royaume situé en Europe et aux Antilles néerlandaises.* »).

- d) *Dès la création de Sentel*, l'actionnariat était entre les mains de sociétés se rattachant au Royaume des Pays-Bas. Le fait était public, puisqu'il ressort des documents de création et d'incorporation de Sentel. Les transferts qui ont eu lieu l'ont été entre des entités ayant la nationalité néerlandaise, un fait qui était lui aussi public.

MIC n'a en effet jamais été directement actionnaire de Sentel, mais toujours par l'intermédiaire d'autres sociétés.

MIO est propriétaire des actions mentionnées depuis décembre 2000, soit une période antérieure à l'ouverture des procédures devant le Tribunal régional de Dakar et devant le présent Tribunal arbitral.

84. La Défenderesse soutient encore que le but de l'acquisition du contrôle de Sentel par MIO serait très probablement de « *créer artificiellement la compétence du CIRDI* », raison pour laquelle la qualité pour engager une procédure arbitrale ne devrait pas lui être reconnue (Déf. 15.01.2010, n° 384). La violation du principe de la bonne foi – en tant que principe général du droit – devrait amener le Tribunal arbitral à sanctionner le comportement des Demanderesses, l'investissement devant être réalisé de bonne foi pour pouvoir être protégé (Déf. 15.01.2010, n° 385 ss.).

Il est exact que la protection offerte par un Accord du type de celui qui est invoqué et par la Convention CIRDI doit être refusée si elle est contraire à la bonne foi. Le Tribunal arbitral ne juge cependant pas nécessaire de discuter ici en détail des cas dans lesquels cette condition est remplie. Il lui suffit en effet de constater que, dès la fondation de Sentel, ses actions étaient détenues par des sociétés filiales du Groupe MIC qui avaient la nationalité néerlandaise, que les transferts opérés concernaient tous des sociétés domiciliées aux Pays-Bas, que ces faits sont antérieurs de plusieurs années à l'ouverture de la présente procédure. Même s'il est possible, voire vraisemblable que le choix des filiales ait aussi été fait en considération de la protection que pouvait offrir leur domiciliation, ce fait ne saurait être constitutif à lui seul d'une solution abusive, tant que ne sont pas établies des circonstances qui démontreraient que ce choix a été fait à l'insu de l'autre partie et dans des conditions artificielles, toutes conditions non remplies en l'espèce.

85. Pour ces motifs, et sans qu'il soit besoin de discuter les autres arguments avancés par les Demanderesses à l'appui de leur thèse, le Tribunal arbitral retient qu'en l'espèce la Demanderesse 1 a fait un investissement ouvrant le droit à la protection offerte par l'Accord.

4. Conclusion

86. Il découle des développements qui précèdent que :

Le Tribunal arbitral est compétent pour connaître de l'action que la Demanderesse 1 dirige contre la République du Sénégal.

C. LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL PAR RAPPORT À SENTEL

1. Le problème

87. Selon la Défenderesse, le Tribunal arbitral ne serait pas compétent pour se prononcer sur les chefs de conclusions de la Demanderesse 2, Sentel, ce que contestent les Demanderesses.

La Défenderesse a pris en effet la conclusion [Déf. 1] suivante :

« [...] *la République du Sénégal demande au Tribunal arbitral de : se déclarer incompétent pour examiner la demande de Sentel [...].* »

Les Demanderesses y opposent la conclusion [Dem. 1] suivante, en invitant le Tribunal arbitral à faire :

« *a declaration that the Tribunal has jurisdiction and is competent to decide the claims before it brought by Sentel* ».

88. En ce qui concerne Sentel, les Demanderesses fondent leur action sur l'article 11 de la Concession, dont la teneur est la suivante (les crochets ont été ajoutés par le Tribunal arbitral pour faciliter par la suite les références):

«[phrase 1] *Les parties feront tout leur possible pour régler à l'amiable tout différend résultant de l'exécution de la présente convention.* [phrase 2] *Elles devront, au préalable si les lois et règlements en vigueur le permettent, recourir à tout organisme de conciliation de réglementation et d'arbitrage compétent en matière de télécommunications.* [phrase 3] *Il en sera de même en cas de conflit entre opérateurs notamment lors des accords d'interconnexions.* [phrase 4] *Si le litige persiste, les parties pourront en définitive recourir à l'arbitrage d'organismes internationaux tels que la cour d'arbitrage de l'OHADA, le Centre international de règlement des différends sur les investissements (CIRDI) ou la Chambre de Commerce international de Paris (CCIP) etc. »*

Faisant usage de l'option que leur ouvre, selon eux, cette disposition, les Demanderesses saisissent le présent Tribunal arbitral en application de l'article 25 de la Convention CIRDI, dont le texte a été reproduit plus haut (voir ci-dessus n 57). Cet article permet en effet également d'ouvrir une procédure d'arbitrage CIRDI, pour autant que plusieurs conditions soient remplies.

89. Les Parties divergent totalement d'opinions sur la réalisation de ces conditions. La Défenderesse en particulier conteste que la règle de l'article 11 de la Concession contienne un consentement de la République du Sénégal à une procédure d'arbitrage et, qui plus est, à une procédure d'arbitrage CIRDI. Indépendamment de cela, elle considère que, de toute façon, les conditions de l'article 25 de la Convention CIRDI ne sont pas remplies, dès lors que Sentel n'est pas un investisseur étranger.

Il appartient dès lors au Tribunal arbitral de vérifier :

- si la Défenderesse a valablement consenti à une procédure arbitrale de ce type (ci-dessous chiffre 2), et dans l'affirmative,
- si Sentel a la qualité d'investisseur étranger (ci-dessous chiffre 3).

2. L'existence d'un consentement valable à l'arbitrage

2.1. En général

90. La première question est donc de savoir si la Concession de 1998 constitue un consentement valable à l'arbitrage, consentement nécessaire à l'engagement par Sentel d'une procédure CIRDI à l'encontre de la Défenderesse.
91. La République le conteste d'emblée au motif que la Concession aurait pris fin à compter du 29 septembre 2000 et que les Demanderesses n'auraient rien entrepris pour le contester (Déf. 05.10.09, n° 24).

Pour le Tribunal arbitral, l'argument ne résiste pas à l'analyse :

- D'abord, parce qu'il est incontesté qu'une clause arbitrale présente une autonomie propre et que la fin du contrat dans lequel elle est intégrée n'en supprime pas les effets ; au contraire, l'arbitrage qui s'y trouve convenu couvre également le principe et les effets de la fin du contrat. Admettre le contraire reviendrait à la priver d'une part importante de sa portée pratique, puisqu'il suffirait à une partie de se départir d'un contrat pour y échapper. On ne voit pas pourquoi ces arguments ne vaudraient pas pour la Concession.
- Ensuite, parce il n'est de toute façon nullement établi que la Concession a effectivement et valablement pris fin ; la question est au contraire sur le fond le nœud du présent litige, une question controversée entre les Parties et sur laquelle le Tribunal arbitral pourrait devoir se pencher s'il devait admettre sa compétence.

92. Pour la Défenderesse (Déf. 29.10.09, n° 34 ss ; Déf. 15.01.10, n° 15 ss), l'article 11 de la Concession ne contiendrait pas de véritable consentement et, si c'était le cas, ce consentement ne serait pas valable, parce que contraire aux règles impératives du droit interne sénégalais. Les Demanderesses soutiennent à ce sujet des opinions contraires (Dem. 11.11.08, n° 43 ; Dem. 14.12.09, n° 235 ss ; Dem. 12.02.10, n° 37 ss).

Il appartient dès lors au Tribunal arbitral d'examiner successivement :

- si l'article 11 de la Concession contient un consentement de la République du Sénégal à un arbitrage CIRDI (ci-dessous chiffre 2.2) et, dans l'affirmative,
- si ce consentement est valable (ci-dessous chiffre 2.3).

2.2. L'existence du consentement

93. a) *Pour la Défenderesse*, l'article 11 de la Concession ne constituerait pas un consentement à l'arbitrage mais une « *simple clause indicative qui se contente[rait] de prévoir la possibilité d'un recours à l'arbitrage, parmi d'autres procédés, sans poser aucune obligation à la charge des parties au contrat* » (Déf. 29.10.2009, n° 158 ss et n° 178 ; Déf. 15.01.2010, n° 67). Or, les Parties ne se seraient mises d'accord ni sur le principe du recours à l'arbitrage ni sur l'éventuel organisme arbitral entrant en ligne de compte (Déf. 29.10.2009, n° 176).

b) *Pour la Demanderesse 2* au contraire, l'article 11 de la Concession ne pourrait être compris que comme une authentique clause compromissoire ; le fait que sa rédaction présente des ambiguïtés et surtout le fait qu'elle offre une option pour le choix de l'institution ne font pas obstacle à sa validité.

94. Afin de trancher la difficulté, le Tribunal arbitral retient les éléments suivants :
95. a) *L'origine de la règle.* La procédure probatoire a permis d'établir que les Parties ont commencé par négocier leur relation contractuelle à partir d'un projet de Concession préparé par la Défenderesse (ci-après « le Projet », pièce C-41, ci-dessus n° 7). Or, s'agissant de la disposition en cause, il en ressort qu'elle prévoyait la compétence exclusive du Tribunal régional de Dakar : « *Si le litige persiste, le Tribunal régional de Dakar statuant en matière administrative sera compétent.* » (dernière phrase de l'article 7 du Projet).

Lors de ces négociations, les Demanderesses se seraient opposées à l'adoption de cette règle. La question aurait fait l'objet de longues discussions, qui se seraient poursuivies durant plusieurs heures (une demi-journée puis une matinée) (Attestation M. Rosh, § 17). L'affirmation paraît plausible, sans quoi on ne comprendrait pas comment il a été possible aux Parties de passer sans détours nombreux du texte clair du Projet au texte complexe de la Concession.

En particulier, il a été prétendu que les Demanderesses auraient refusé de signer la Concession sans une clause ouvrant aux Parties le recours à l'arbitrage international (Dem. 14.12.2009, n° 283 ; Dem 14.12.2009, n° 285 ; Transcript, 01.04.10, p. 27 citant le témoignage de M. Rosh). L'affirmation a été confirmée par deux déclarations de témoins produites par les Demanderesses :

- M. Rosh a déclaré ceci : « *Je suis certain qu'au moment des négociations, tant le Sénégal que MIC entendaient conclure un engagement d'avoir recours à l'arbitrage international ayant force obligatoire.* » (Attestation M. Rosh, § 19) ;
- M. Pape Ba, a de son côté déclaré ceci : « *Nous avons été très clairs sur le fait que nous ne voulions pas que les différends soient portés devant les juridictions de Dakar, car cela serait revenu à faire du Sénégal à la fois un juge et une partie.* » (Attestation M. Pape Ba, § 18).

La Défenderesse a renoncé à « contre-examiner » ces témoins ; leurs déclarations paraissent plausibles en comparant la version du Projet à celle du texte définitif et elles n'ont pas été formellement contredites par la Défenderesse. Il en ressort en effet que les Parties à la Convention de Concession étaient d'accord pour écarter la compétence exclusive du Tribunal régional de Dakar, dont il n'est même plus du tout fait mention, et qu'elles ont accepté une solution qui, après l'échec des négociations, fait référence exclusive à l'arbitrage. Il est difficile d'en conclure que l'accord finalement donné par les Demanderesses revenait à laisser à la Défenderesse le droit de décider unilatéralement de refuser à son gré toute forme d'arbitrage et, par voie de conséquence, à maintenir la compétence du Tribunal régional de Dakar.

La solution retenue ne fait en effet plus aucune mention des tribunaux étatiques, mais consacre exclusivement deux voies conventionnelles faisant l'une et l'autre appel, selon des formules il est vrai différentes, à des organismes de conciliation ou de décision indépendants de toute structure étatique et, à plus forte raison, des autorités judiciaires sénégalaises.

Cela dit, il est manifeste que le texte issu des négociations est compliqué, qu'il mélange les deux procédures et surtout qu'il fait référence à l'arbitrage dans une formulation qui a généré les controverses opposant les Parties dans cette procédure.

La Défenderesse invoque à l'appui de sa thèse l'argument, qui sera encore examiné plus loin (cf. ci-dessous n° 102), selon lequel il lui était alors interdit par ses règles nationales de se lier par une clause compromissoire et que l'objectif était de réserver ce qui restait possible, savoir le recours à un compromis arbitral (Déf. 29.10.2009, n° 179). Pour le Tribunal arbitral, l'argument n'est pas décisif. Les témoignages produits par les Demanderesses ne font nulle part état du fait que ce fut là la position défendue par la Défenderesse durant les négociations et que le texte retenu en était l'explication. Ils insistent au contraire sur la compréhension de la règle qu'en ont eue les personnes qui ont directement et personnellement participé à la négociation de la clause. (attestation M. Pape Ba, p. 4; attestation M. Youval Rosh, p. 5-6; attestation M. Kemal Shefik, p. 2-3). Si l'idée avait été d'exclure l'arbitrage, alors que tout l'esprit de la règle milite en faveur de solutions conventionnelles, pour le remplacer par la simple réserve d'un éventuel accord ultérieur, le texte aurait pu et dû l'exprimer plus clairement.

Pour le Tribunal arbitral, l'origine de la règle, sans être déterminante, a permis d'établir que les Demanderesses avaient rejeté une solution purement judiciaire et qu'elles se sont en définitive ralliées à une solution plus complexe, de nature conventionnelle.

96. b) Le système de la règle. Le régime de résolution des différends consacré par l'article 11 de la Concession reprend une formule de plus en plus répandue, qui lie dans le temps deux procédures complémentaires (« *multi-tiers procedure* ») :

- *La négociation d'abord.* Il ressort en effet de la première phrase de la disposition que « [l]es parties feront tout leur possible pour régler à l'amiable tout différend résultant de l'exécution de la présente convention ». L'affirmation est classique et n'appelle à ce stade pas de commentaire particulier.

La règle est en réalité plus précise et plus complète dans la mesure où, dans la phrase suivante [phrase 2], elle oblige « *au préalable* » les Parties à s'adresser, si la loi le permet, à des organismes spécialisés, qui auraient compétence pour régler le litige par la conciliation et l'arbitrage. « *Elles devront, au préalable si les lois et règlements en vigueur le permettent, recourir à tout organisme de conciliation de réglementation et d'arbitrage compétent en matière de télécommunications.* ». La portée de cette dernière règle échappe au Tribunal arbitral, car on ne voit pas quel serait cet organisme ; il devrait apparemment découler des règles régissant les télécommunications, puisqu'il est en plus précisé, dans la phrase suivante [phrase 3], que la méthode s'appliquerait aussi aux litiges entre opérateurs, une question à première vue étrangère à l'objet de la Concession : « *Il en sera de même en cas de conflit entre opérateurs notamment lors des accords d'interconnections.* »

Sans vouloir aller plus avant dans l'analyse de cette règle qui n'est pas en cause, on peut en déduire deux choses : qu'elle consacre d'une part des méthodes conventionnelles de règlement des litiges, en dehors des procédures étatiques et qu'elle affirme d'autre part, à première vue du moins, que les litiges survenant entre les Parties pourront être tranchés par « arbitrage », sans que l'Etat puisse se prévaloir des interdictions qu'il oppose aux Demanderesses.

- *L'arbitrage ensuite.* Dans sa dernière phrase [4], l'article 11 traite de l'arbitrage, comme d'un complément naturel en cas d'échec de la négociation ; il est nécessaire mais il suffit que « *le litige persiste* ». La procédure s'inscrit apparemment dans le prolongement et dans l'esprit de la procédure de négociation, sans référence aucune à une procédure judiciaire, dont il est aujourd'hui prétendu par la Défenderesse qu'elle constituerait la seule voie ouverte, faute d'accord complémentaire entre les Parties.

Pour le Tribunal arbitral, le système apparemment choisi par les Parties consacre une procédure à deux temps, l'une et l'autre de nature conventionnelle, sans référence aucune à une solution judiciaire.

97. c) *Le texte de la règle.* On l'a dit, la partie déterminante de la règle est la dernière phrase qui se lit comme suit : « *Si le litige persiste, les parties pourront en définitive recourir à l'arbitrage d'organismes internationaux tels que la cour d'arbitrage de l'OHADA, le Centre international de règlement des différends sur les investissements (CIRDI) ou la Chambre de Commerce internationale de Paris (CCIP) etc...* ». Plusieurs des termes ou expressions utilisés appellent des commentaires :

- « *pourront recourir [...] à l'arbitrage* ». La possibilité indiquée par la règle est comprise par les Demanderesses comme une faculté offerte à chacune des Parties d'ouvrir une procédure arbitrale, même sans l'accord de l'autre (Dem. 14.12.2009, n° 239 ss; Dem. 12.02.2010, n° 22 et n° 43), alors que la Défenderesse la comprend comme une faculté éventuelle offerte non à une partie individuellement mais aux deux Parties conjointement de passer un compromis en vue de la résolution du litige (Déf. 15.01.2010, n° 68).

Il faut convenir avec les Demanderesses que, dans la seconde version, la règle est dépourvue de toute portée pratique. Sans vouloir porter un quelconque jugement de valeur, le Tribunal arbitral voit mal pourquoi et comment la République du Sénégal accepterait, dans une situation devenue contentieuse, de préférer une voie arbitrale à ses propres tribunaux. Les avantages pratiques, financiers et psychologiques plaident à l'évidence en faveur de la voie judiciaire. C'est d'ailleurs bien celle qu'elle a choisie dans le litige qui l'oppose à Sentel et à MIC.

De plus, la formulation choisie ne fait pas ressortir cette intention. Le texte ne prévoit pas que les Parties pourront « convenir » de recourir à l'arbitrage, mais qu'elles pourront y « recourir », ce qui implique qu'il n'est pas nécessaire d'un accord supplémentaire. La solution prévue n'est pas présentée comme l'une des branches d'une alternative dont l'autre resterait la voie judiciaire, laquelle, en dépit du fait qu'elle constituerait selon la Défenderesse la voie ordinaire, n'est même pas mentionnée alors qu'elle l'était encore dans le Projet. Les Demanderesses relèvent aussi le fait que d'autres dispositions de la Concession prévoient pour les Parties la possibilité de prévoir un accord complémentaire, il est vrai dans d'autres contextes, alors que ce n'est pas le cas dans un domaine aussi essentiel que celui de la résolution des litiges.

- « *les parties* ». La Défenderesse tire argument du fait que le texte ne reconnaît pas ce droit à chaque partie (singulier) mais aux deux parties (pluriel), ce qui établirait qu'il faudrait une action concertée des deux Parties. L'argument n'est pas déterminant car le pluriel peut aussi se comprendre comme un droit reconnu non conjointement aux deux Parties, mais unilatéralement à chacune d'elles.
- « *en définitive* ». L'expression, qui signifie « en fin de compte », ne marque pas seulement le fait qu'il s'agit d'une phase ultérieure (ce que rend déjà « si le litige persiste »), mais de la dernière phase, celle qui devrait mettre un terme au litige. Or il est difficile de concilier cette formule avec l'idée selon laquelle le recours à l'arbitrage n'aurait qu'un caractère éventuel, lié à l'accord de l'autre Partie.
- *l'énumération des organismes d'arbitrage*. Le texte indique clairement qu'il doit s'agir non d'un arbitrage ad hoc, mais d'un arbitrage institutionnel. En revanche, il ne désigne pas un organisme déterminé, mais en énumère plusieurs. Pour la Défenderesse, la clause serait pathologique, dans la mesure où elle énumère plusieurs institutions différentes.

Rien ne s'oppose toutefois à ce qu'une clause arbitrale offre plusieurs options, entre lesquelles la partie qui prend l'initiative de la procédure a le droit choisir. La solution est courante dans les Traités d'investissement et sa validité n'y a pas été contestée, car elle n'est pas contraire à l'esprit de l'arbitrage, d'autant moins que les organismes mentionnés sont tous de haute réputation. La Demanderesse 1 a fait en l'espèce usage de cette faculté en décidant de passer par un arbitrage CIRDI, une solution expressément mentionnée par la clause. Il n'est de ce fait pas nécessaire de décider si le choix par une partie d'un organisme d'arbitrage non mentionné par la clause serait couvert par elle.

- *Le caractère ouvert de la clause* exprimé en fin de phrase par « *etc.* » est invoqué par la Défenderesse pour établir que la règle est de toute façon incomplète et qu'elle appelle nécessairement un choix auquel les Parties ne pouvaient procéder que par un accord complémentaire. On ne peut nier que la formule est particulière même si elle ne plaide pas nécessairement en faveur de la solution évoquée dès lors que ce choix serait de toute façon

limité à des *d'organismes* [d'arbitrage internationaux] de nature et de qualité équivalentes à celles des organismes mentionnés

Pour le Tribunal arbitral, le texte de la règle est effectivement maladroit et laisse planer des doutes, mais il ne s'oppose pas de manière univoque aux résultats de l'interprétation dictée par les autres éléments.

98. d) *Le fondement de la règle.* Le Tribunal arbitral ne peut pas ne pas tenir compte de la tendance internationale de résolution des différends dans des contrats du type de celui qui est en cause, notamment au vu de l'évolution générale qui s'est produite et se poursuit. On peut à cet égard relever trois aspects :

- *Le caractère classique de la clause.* Si l'arbitrage a été pendant longtemps considéré comme un système d'exception, l'évolution récente établit au contraire que ce système est devenu en pratique dans le commerce international le mode ordinaire de résolution des différends. Pour cette raison les exigences posées à la formulation de la clause qui en prévoit l'application ne sont plus aussi élevées qu'elles pouvaient l'être il y a quelques années. Ce qui importe en effet, c'est de s'assurer que les parties ont suffisamment clairement manifesté leur volonté de se soumettre, non aux juridictions étatiques, mais à l'arbitrage. Le fait qu'une clause ne soit pas absolument claire, qu'elle comporte des lacunes ou des incertitudes ne suffit pas à la rendre inopérante.
- *La présomption en faveur de l'arbitrage.* Même si la formule peut paraître excessive, on a effectivement pu parler d'une présomption en faveur de l'arbitrage. Ceci doit être cependant apprécié selon les spécificités du cas. Le principe en sera plus aisément admis si l'on se trouve en présence de parties rompues aux pratiques du commerce international ou si la nature du contrat appelle objectivement une solution de ce type, à la condition toujours que les modalités prévues garantissent une protection suffisante des parties.

En l'espèce, il est manifeste que l'on se trouve en présence d'un contrat liant des Parties qui ne peuvent pas ignorer l'importance, la nature et les enjeux de l'arbitrage ; le contrat dans lequel s'insère la clause est d'une importance considérable, justifiant le recours à un mécanisme parfaitement neutre de résolution des différends ; en dépit des apparences, la relation commerciale présente un caractère international, pour lequel le recours à l'arbitrage paraît adéquat. On a vu que, par son origine, son système et son texte, la clause peut être comprise comme l'expression de la volonté des Parties de se soumettre à l'arbitrage.

- *Le caractère pathologique de la clause.* C'est dans le prolongement du premier principe que les tribunaux arbitraux et les cours étatiques, largement encouragés par les auteurs, ont développé des thérapies simples pour corriger les imperfections des clauses dites pathologiques (« *in favorem arbitrii* »). Il est nécessaire mais il suffit en soi que le principe de l'arbitrage soit reconnu et que les compléments et corrections puissent y être apportés sans dénaturer la volonté originelle des parties.

En l'espèce, la Défenderesse relève deux ambiguïtés principales :

- La première a trait au *caractère « éventuel »* de la clause et à l'emploi du verbe « *pouvoir* », le Tribunal arbitral a indiqué les raisons pour lesquelles la clause pouvait et devait être interprétée différemment. Le défaut n'affecte pas la reconnaissance du principe de l'arbitrage.
- La seconde a trait au *caractère « optionnel »* de la clause, qui laisse à la partie qui prend l'initiative de l'action le choix de l'institution sous l'égide de laquelle l'arbitrage sera mené. Il a été jugé de longue date que l'existence du choix n'est pas contraire au système, dans la mesure du moins chacune des solutions envisagées offre une garantie adéquate. En l'espèce, les trois institutions mentionnées remplissent pleinement ces conditions et le choix du CIRDI ne peut décevoir aucun commentateur. La liste n'est pas exhaustive ; même sous cette forme, le choix d'une autre institution pourrait être envisagé si celle-ci présentait des garanties comparables aux autres institutions mentionnées ; toutefois, la question ne se pose pas en l'espèce.
- *L'effectivité de la clause.* Le Tribunal arbitral est d'avis, contrairement à la Défenderesse (Déf. 15.01.2010, n° 114), que doit être préférée la version qui donne à la règle une portée réelle. Il est toujours possible aux parties, en présence d'un litige, de convenir de le soumettre à l'arbitrage, mais c'est une évidence et sa mention est superflue si elle n'est pas au moins accompagnée d'un engagement, moral, conditionnel voire juridique. Si le sens voulu est bien celui que retient la Défenderesse, on voit mal pourquoi les Demanderesses auraient accepté, après plusieurs heures de négociations, une solution qui ne leur concède qu'une garantie préalable de négociation, qui n'emporte évidemment aucun effet obligatoire pour ceux qui s'y soumettent.

99. La solution à laquelle aboutit le Tribunal arbitral correspond très largement à *la jurisprudence internationale* et aux décisions prises par d'autres cours et tribunaux, dans des occurrences largement comparables. Contrairement à ce qu'affirme la Défenderesse (Déf. 15.01.2010, n° 71 et 115 ; Déf. 05.10.2010, n°73-141), on ne voit pas pourquoi ces décisions ne pourraient pas être invoquées en l'espèce, dès lors qu'elles concernent toutes des clauses arbitrales introduites dans des contrats ; on ne voit pas en particulier pourquoi le fait que la procédure ici ouverte le soit dans le cadre du CIRDI justifierait des conclusions différentes. Ces décisions ont été largement commentées et approuvées par *la doctrine*. Pour s'épargner une recension détaillée, le Tribunal arbitral se réfère à l'une des principales autorités, Gary Born, dans sa publication la plus récente et sans doute la plus complète (G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, Londres 2009, p. 570 ss). On y trouve en particulier confirmé qu'il existe en matière internationale une présomption de validité des clauses que justifient les tendances contemporaines de résolution des litiges, très favorables à l'arbitrage.

Pour le Tribunal arbitral, les arguments qui précèdent justifient que soit confirmée la volonté des deux Parties de se soumettre à l'arbitrage CIRDI si l'une d'elles prend l'initiative de l'action selon cette voie.

100. Pour ces motifs, et sans qu'il soit besoin de discuter les autres arguments avancés par les Demanderesses à l'appui de leur thèse, le Tribunal arbitral retient qu'en dépit des doutes que justifie sa formulation, l'article 11 peut et doit être compris comme un consentement de la République du Sénégal à une procédure arbitrale CIRDI.

2.3. *La validité du consentement*

101. Autre est la question de savoir si l'article 11 de la Concession, selon le sens qu'a retenu le Tribunal arbitral, lie valablement la République du Sénégal.

Les Parties soutiennent également à cet égard des positions diamétralement opposées :

a) *Pour la Défenderesse* (Déf. 29.10.09, n° 164 ss ; Déf. 15.01.2010, n° 148 ss), il lui aurait été interdit par le droit sénégalais de se lier par une clause arbitrale et les principes internationaux développés en matière d'arbitrage international n'y changeraient rien.

b) *Pour les Demanderesses* (Dem. 14.12.2009, n° 89 ss; Dem. 12.02.2010, n° 105 ss), il serait inexact d'affirmer que le droit interne sénégalais fait obstacle à la validité d'un consentement donné par la République et les principes retenus en matière internationale permettraient de toute façon d'en faire abstraction.

102. Il est incontesté que la Concession est d'abord régie par le droit sénégalais, ainsi que le prévoit expressément l'article 12. Selon la Défenderesse, le droit sénégalais, en vigueur à l'époque de la Concession, excluait la possibilité pour la République du Sénégal de conclure valablement une clause compromissoire sur les matières objets de la Concession dès lors qu'il s'agit, pour partie en tout cas, de prérogatives de puissance publique (cf. en particulier article 11 du Code sénégalais sur les obligations administratives, loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 ; article 10 du Code sénégalais des obligations administratives ; article 819-29 du Code de procédure civile, dans la version que lui a donnée le Décret n° 98-492 du 5 juin 1998 ; article 826-3 du Code des obligations civiles et commerciales, loi n° 98-30 du 14 avril 1998).

Cette conclusion est contestée par les Demanderesses. Celles-ci relèvent en outre que la législation sénégalaise a évolué durant les dernières années et qu'elle a de plus en plus ouvert les possibilités données à la République de se lier par des clauses compromissoires (cf. article 12 du Code des investissements ; article 136 du Code des marchés publics).

103. Pour le Tribunal arbitral ces considérations ne sont pas déterminantes en raison des principes qui ont été développés à ce sujet dans l'arbitrage international.

a) Le Tribunal arbitral part en effet d'abord du principe que la présente procédure concerne bien *un arbitrage de type international*. La Défenderesse objecte certes que Sentel est une société immatriculée au Sénégal (voir ci-dessus n° 2). Le Tribunal arbitral démontrera plus loin (cf. ci-dessous n° 109) que ce rattachement a un caractère formel, exigé pour l'exploitation de la Concession, mais que les intérêts sont en réalité étrangers par le contrôle que les sociétés du Groupe MIC exercent sur Sentel. Indépendamment de cet argument, il faut relever que, même pour la Défenderesse, la Concession a un caractère international ; elle a elle-même dirigé son action devant le Tribunal régional de Dakar non seulement contre Sentel, mais également contre MIC, qu'elle considère liée par la Concession. De plus, le texte même de l'article 11 de la Concession se réfère expressément à « *l'arbitrage d'organisme internationaux* », en mentionnant des institutions, qui sont toutes internationales et dont certaines, le CIRDI en particulier, présuppose un élément étranger.

b) *Le principe* est aujourd'hui fermement établi, dans l'arbitrage international, qu'il est interdit à un Etat d'invoquer son droit interne pour échapper à l'arbitrage et à sa capacité de conclure des clauses compromissaires. Une telle attitude viole en effet les principes de la bonne foi et de l'« *international public policy* ». Cette règle a été admise par des cours et des tribunaux internationaux dans divers cas ainsi que par de nombreux auteurs de doctrine (référence en rapport avec Dem. 14.12.2008, n° 109 ss). Ainsi une sentence célèbre de 1971: « *L'ordre public international s'opposerait avec force à ce qu'un organe étatique, traitant avec des personnes étrangères au pays puisse passer ouvertement, le sachant et le voulant, une clause d'arbitrage qui met en confiance le co-contractant et puisse ensuite, que ce soit dans la procédure arbitrale ou dans la procédure d'exécution, se prévaloir de la nullité de sa propre parole.* » (Affaire CCI n° 1939 [1973] *Rev. Arb.* 145 ; pièce CL-59). Elle a été par la suite régulièrement confirmée (par exemple Cour d'Appel de Paris, 1^{ère} chambre, section C du 17 décembre 1991 ; *Gatoil International Incorporate c. la Société National Iranian Oil Company*, n° 90-1957 ; pièce CL-54 ; Cour d'Appel de Paris, 1^{ère} chambre, section C du 24 février 1994, *Ministère tunisien de l'Équipement c. société Bec Frères* [1995] *Rev. Arb.* 275 ; pièce CL-56).

Cette solution est elle-même confirmée en doctrine (par exemple J. PAULSSON, *May a State Invoke its Internal Law to Repudiate Consent to International Commercial Arbitration ? Reflections on the Benteler v. Belgium Preliminary Award* [1986] 2 *Arb. Intl.* 90, pièce CL-58). En d'autres termes, le droit interne de l'Etat qui l'invoque pour contester la validité d'une clause arbitrale est « *irrelevant* » (GAILLARD/SAVAGE (eds.), *Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague 1999, p. 61, pièce CL-55).

104. En l'espèce, il déjà été statué plus haut que les Parties ont longuement négocié l'article 11 de la Concession (cf. ci-dessus n° 7). Il a également été confirmé que l'intention des Demanderesses lors de ces négociations était d'insérer une clause compromissoire d'arbitrage (cf. ci-dessus n° 95). Les Demanderesses ont en outre allégué que, durant ces négociations, la Défenderesse n'aurait jamais invoqué l'interdiction de la clause compromissoire. Or, la Défenderesse a renoncé à « contre-examiner » les représentants des Demanderesses présentes lors de ces négociations, et elle n'a présenté aucune preuve qui démontrerait le contraire.

105. Pour ces motifs, et sans qu'il soit besoin de discuter les autres arguments avancés par les Demanderesses à l'appui de leur thèse, le Tribunal arbitral retient que, même si le droit interne interdisait à la République du Sénégal de se lier par une clause compromissoire, cet argument ne peut être opposé en l'espèce à la Demanderesse 2.

2.4. *Conclusion*

Il découle des développements qui précèdent que :

Le Tribunal arbitral est compétent pour connaître de l'action que la Demanderesse 2 dirige contre la République du Sénégal.

3. **La qualité d'investisseur de Sentel**

3.1. *Le problème*

106. Pour que puisse être donnée la compétence du CIRDI et du Tribunal arbitral institué pour trancher une difficulté sous son égide, il faut que les conditions de l'article 25 de la Convention CIRDI soient également réunies.

Le Tribunal arbitral ne revient pas sur la question de savoir si Sentel a fait un investissement au sens retenu dans ce contexte ; il lui suffit de se reporter à cet égard aux développements qu'il a consacrés à ce sujet sur le même objet en relation avec le contrôle indirect que MIO exerce sur Sentel (cf. ci-dessus n° 79).

Il convient en revanche de vérifier spécialement si la Convention peut être invoquée dans une procédure initiée par Sentel. Il faut en effet pour cela que soient également remplies les conditions de l'article 25(2) de la Convention CIRDI et que l'on se trouve donc en présence d'un « ressortissant d'un autre Etat contractant ».

107. Or, s'agissant des personnes morales, la lettre b du même article en donne la définition suivante :

« toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et 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. »

Seule la seconde hypothèse doit être ici envisagée, dès lors que Sentel est incontestablement immatriculée au Sénégal. Il faut donc s'assurer

- qu'elle est contrôlée par des intérêts étrangers (ci-dessous chiffre 3.2) et
- que l'Etat partie au litige a donné son contentement à ce qu'elle puisse agir sur cette base (ci-dessous chiffre 3.3).

3.2. *Le contrôle sur Sentel*

108. Sur cette question, les Parties soutiennent des opinions fondamentalement différentes.

a) Pour la Défenderesse (Déf. 29.10.2009, n° 186, n° 121 et 188 ; Déf. 15.01.2010, n° 209 et n° 250 ss), Sentel serait une société sénégalaise, immatriculée comme telle sur le territoire du Sénégal et elle ne remplirait pas les conditions posées par l'article 25(2)(b) de la Convention CIRDI. Les Parties l'auraient expressément voulu et accepté en constituant la société. Il n'aurait pas été établi en outre que Sentel se trouverait sous un contrôle étranger.

b) Pour les Demanderesses au contraire, Sentel serait immatriculée au Sénégal uniquement pour les besoins de l'exécution de la Concession. Elle aurait toujours été et serait encore contrôlée par des sociétés étrangères, ce dont la Défenderesse aurait toujours été informée. De plus, elle aurait admis la soumission à l'article 25 de la Convention CIRDI, notamment en acceptant à l'article 11 de la Concession, Enfin, à aucun moment, Sentel n'aurait fait preuve de mauvaise foi, dans la constitution de son capital et ses informations à la Défenderesse.

109. L'idée qui est à la base de l'article 25(2)(b) (deuxième hypothèse) est évidente : Pour les besoins liés à l'investissement dans un Etat étranger, il peut être opportun, nécessaire voire exigé que soit constituée une société sur le territoire de l'autre Etat contractant. Or, si l'on s'en tenait à une interprétation stricte et formelle de la nationalité, il ne serait pas possible en pareils cas de recourir aux mécanismes de résolution des différends offerts par la Convention CIRDI dès lors que toutes les parties seraient des ressortissants du même Etat.

Toutefois, les besoins de protection peuvent être au moins aussi nécessaires si la société est contrôlée en fait par des intérêts étrangers. C'est pourquoi il peut être nécessaire d'étendre en pareil cas la protection. Sans ce complément, la Convention aurait pu manquer son objectif prioritaire puisqu'elle aurait privé de protection les investisseurs contraints en fait ou en droit de recourir à une société locale (Dem. 14.12.2009, n° 143 ss).

C'est dans cette perspective qu'il faut comprendre la première condition mise à l'application de la règle : que la société soit contrôlée par des intérêts étrangers. La notion doit être comprise dans un sens large. Il est nécessaire mais il suffit que l'essentiel des moyens mis à la disposition de la société locale provienne de fonds étrangers. Ce contrôle indirect par le financement emporte le plus souvent des pouvoirs indirects de gestion assumés par ceux qui ont fait l'investissement.

Il conviendrait donc de vérifier si cette condition était remplie pour Sentel. Le Tribunal arbitral peut toutefois se borner à renvoyer à la présentation des faits et l'argumentation qu'il a développées plus haut, en rapport avec la qualité de MIO

(cf. ci-dessus n° 83 ss). Il est évident que, dès le début, Sentel se trouvait très majoritairement en mains d'intérêts étrangers appartenant aux nationaux d'Etats Contractants de la Convention de Washington.

Toute la question est dès lors reportée sur la question de l'accord de la République.

3.3. *L'accord de la Défenderesse*

110. Pour que puisse être invoqué l'article 25(2)(b) de la Convention CIRDI, il faut enfin que l'Etat recherché ait donné son accord à ce qu'une société pourtant ressortissante du même Etat mais contrôlée par des intérêts étrangers, puisse le rechercher sur cette base.

Cela suppose d'abord que la Défenderesse en ait eu connaissance, puis qu'elle ait accepté la soumission à l'arbitrage international.

111. Pour le Tribunal arbitral, les faits qui ont été établis ne permettent pas de penser que l'Etat ait pu ignorer que Sentel se trouvait sous contrôle étranger :

a) *Dès la soumission de l'offre* et les premières négociations, il ne pouvait pas échapper à la République du Sénégal que la société Sentel en voie de constitution était sous contrôle étranger puisqu'elle faisait partie du groupe Millicom et qu'elle était sous le contrôle de MIC (Dem. 14.12.2009, n° 165 ss ; Dem. 12.02.2010, n° 115, 127 ss). MM. Ba et Rosh soutiennent cette position (attestations citées dans Dem. 14.12.2009, n° 166 s.). Selon l'offre, « *la réussite de Sentel gsm [serait] une étape importante de la stratégie d'expansion sur le continent africain, adoptée par MIC* » (Dem. 14.12.2009, n° 177) ; or l'offre fait partie intégrante de la Concession (Annexe 3) (Dem. 14.12.2009, n° 180).

b) Après avoir remporté l'appel d'offres, MIC a été requise de constituer *une société de droit sénégalais* afin d'obtenir la Concession, élément qui aurait été prévu par le Code des Télécommunications de 1996, annexé à la Concession (Annexe 4) (Dem. 14.12.2009, n° 157). En effet le Sénégal et MIC n'auraient légalement pas pu conclure de contrat de concession sans que MIC ne constitue une société locale, puisque cela est expressément exigé par l'article 6 du Code des Télécommunications (Dem. 14.12.2009, n° 158 ; Dem 12.02.2010, n° 121). Or il était d'emblée déclaré, dans les documents de soumission, que cette société serait constituée et contrôlée par des intérêts étrangers, liés au Groupe MIC.

c) *Les termes de la Concession* eux-mêmes expriment le contrôle étranger puisqu'il y est question de « *la société Sentel gsm SA, filiale du group Millicom International Cellular (MIC)* ».

d) *Dans la procédure d'appel d'offres*, le Sénégal a déclaré être à la recherche d'un investisseur étranger, seul à même de satisfaire aux exigences de l'offre; preuve en soit le fait que l' « *expérience dans le développement des réseaux des Pays Tiers* » était expressément mentionné au nombre des critères majeurs dans l'évaluation des offres soumises (Dem. 14.12.2009, n° 169 ss). Or la société Sentel allait devenir un membre du Groupe Millicom (Dem. 14.12.2009, n° 156).

e) Le fait que l'actionnariat au sein du Groupe ait pu changer au fil des ans est à cet égard indifférent et ne change rien à la constatation de base, puisque dès le début il était notoire que Sentel se trouvait majoritairement en mains de sociétés domiciliés aux Pays-Bas ou dans les régions qui s'y attachent (ci-dessus n° 83 ss). La jurisprudence CIRDI n'exige pas que la nationalité de ces intérêts soit mentionnée dans l'accord sur la nationalité (Dem. 14.12.2009, n° 140 ss).

f) Le Sénégal aurait confirmé par sa *correspondance* sa connaissance du contrôle étranger sur Sentel. Le Gouvernement sénégalais aurait continué à traiter avec MIC même après l'incorporation de Sentel, ce qui confirmerait qu'il aurait eu connaissance du contrôle de MIC sur Sentel (Dem. 14.12.2009, n° 183).

112. Pour être appliquée, la disposition suppose non seulement l'existence d'un contrôle, il faut en plus que les parties en soient convenu, ce qui suppose le consentement de chacune d'elles. Celui de Sentel n'est pas en cause ; reste à vérifier si la République l'a aussi donné. Elle le conteste, les Demanderessees l'affirment.

113. Il est incontesté que l'accord n'a pas besoin de revêtir une forme particulière et que, par voie de conséquence, le consentement peut être non seulement explicite, mais également implicite. L'accord sur la nationalité pourrait être contenu dans l'accord sur l'investissement ou dans un compromis ou une requête jointe sous l'article 1(2) du Règlement d'introduction des instances. Un tel accord paraît acquis lorsqu'un Etat conclut un contrat avec une société locale contenant une clause CIRDI.

114. Il faut pour cela qu'au vu des circonstances il apparaisse que la partie concernée a par son comportement manifesté son accord ou, à défaut, que son comportement justifiait objectivement que l'autre partie ait été convaincue qu'il avait été donné.

- Un premier argument tient au fait que la Concession fait expressément référence à l'article 11 à la compétence du tribunal CIRDI, une mention qui ne peut avoir de sens que si l'on admet que la République donne son accord à une action selon la procédure CIRDI (Dem. 14.12.2009, n° 190 ; Dem. 12.02.2010, n° 16 et 115). A l'instar de la décision dans l'affaire *LETCO v. Liberia* (Dem. 14.12.2009, n° 189), on ne peut tirer argument – et la Défenderesse ne l'a pas soulevé – du fait que MIC pourrait aussi être partie à la Concession et que pour elle la condition de nationalité serait de toute façon remplie.

- La Défenderesse prétend que c'est à dessein, et précisément pour éviter ce risque, que la République du Sénégal a exigé que la Concession soit passée avec une société spécialement constituée au Sénégal à cet effet et immatriculée au Sénégal (Déf. 29.10.2009, n° 188 ss; Déf. 15.01.2010, n° 208 et 372). L'argument ne convainc pas, dans la mesure où l'exigence d'une immatriculation au Sénégal a été imposée par la République pour des motifs sans doute compréhensibles, mais dont rien ne permet d'emblée de conclure que cela revenait précisément à la volonté d'exclure le recours à un tribunal arbitral CIRDI. C'est au contraire en raison d'exigences de

cette nature, relativement courantes en pratique, que, sous l'angle de la nationalité, la notion de l'investisseur protégé a été étendue par l'article 25(2)(b) in fine. Le fait que l'immatriculation ait aussi présenté certains avantages pour les Demanderesses n'y fait pas obstacle.

3.4 Conclusion

115. Au vu des développements qui précèdent :

Le Tribunal arbitral admet qu'il a également compétence pour connaître l'action dirigée par Sentel contre la République.

D. LE SORT DES FRAIS ET DÉPENS

116. Dans leurs écritures, chacune des Parties a pris des chefs de conclusions sur le sort des frais et dépens de l'arbitrage.

La Défenderesse [Déf. 2] demande au Tribunal arbitral de :

« condamner ces deux sociétés [les Demanderesses] à payer à la République du Sénégal les frais de l'arbitrage ainsi que les frais engagés pour assurer sa défense. »

Les Demanderesses [Dem. 3] attendent du Tribunal arbitral,

« without prejudice to any final determination of the merits of the parties' dispute, an order that Senegal pays all costs incurred in relation to the objections to jurisdiction it raised, including the costs of the arbitrators and ICSID, as well as the legal and other expenses incurred by the Claimants including but not limited to the fees of their legal counsel, experts and consultants as well as the Claimants' own employees, on a full indemnity basis, plus interest thereon at a reasonable commercial rate ».

117. C'est en raison de ces conclusions que, à l'issue de cette phase de la procédure, le Tribunal arbitral avait invité les Parties à lui soumettre leurs conclusions sur les coûts de l'arbitrage. Elles les ont produites.

118. En raison des décisions prises dans cette décision par le Tribunal arbitral, la procédure se poursuivra à l'initiative des Demanderesses sur les questions de fond. Il n'est donc pas nécessaire de trancher à ce stade de l'allocation et de la répartition des coûts et dépens.

Les Demanderesses considèrent néanmoins, même dans l'hypothèse où le Tribunal arbitral admettrait sa compétence, une hypothèse ici avérée, qu'il conviendrait que celui-ci fixe le sort des coûts et dépens générés par cette phase sur la compétence.

Le Tribunal arbitral estime que ce n'est pas opportun. D'abord parce qu'il est difficile à ce stade de faire clairement le départ entre les travaux préparatoires et les phases qui étaient exclusivement limitées à la compétence. Ensuite et surtout parce qu'il est plus naturel que le Tribunal arbitral prenne des décisions de ce type à la fin, en tenant compte de l'ensemble de la procédure.

119. Il découle de cet argument que :

Les décisions touchant la fixation et l'allocation des coûts et dépens de l'arbitrage seront prises à l'issue de la procédure.

E. LA SUITE DE LA PROCÉDURE

120. Dans leurs conclusions, les Demanderesses ont présenté deux autres demandes:

« [Dem. 4] *any other relief the Arbitral Tribunal may deem appropriate in the circumstances; and*

[Dem. 5] *order in respect of the procedure for the next phase of this case.* »

121. Le Tribunal arbitral ne juge pas nécessaire d'ordonner d'autres mesures en relation dans la présente décision.

Il est vrai que la procédure se poursuivra devant lui sur les questions de fond et qu'il pourra connaître conjointement des deux actions fondées contre la Défenderesse, l'une sur la Convention, l'autre sur la Concession, mais à partir d'un même état de fait. Toutes les Parties auront ainsi l'occasion de présenter leurs dossiers de manière complète et le Tribunal arbitral tranchera après avoir procédé à toutes les mesures d'instructions requises.

Les règles de procédure pour cette seconde phase, et en particulier le calendrier, seront fixées dans une ordonnance de procédure complémentaire que le Tribunal arbitral rendra après consultation des Parties. Une telle mesure concerne en effet la procédure et sort du cadre de la présente décision.

Le Tribunal arbitral n'a en revanche aucune compétence pour influencer le sort de la procédure ouverte devant le Tribunal régional de Dakar.

122. Par conséquent :

La suite de la procédure sera fixée par le Tribunal arbitral dans une ordonnance, après consultation des Parties.

Par ces motifs, le Tribunal décide comme suit :

- 1. Le Tribunal arbitral est compétent pour connaître de l'action que la Demanderesse 1 dirige contre la République du Sénégal.**
- 2. Le Tribunal arbitral est compétent pour connaître de l'action que la Demanderesse 2 dirige contre la République du Sénégal.**
- 3. Les décisions touchant la fixation et l'allocation des coûts et dépens de l'arbitrage seront prises à l'issue de la procédure.**
- 4. La suite de la procédure sera fixée par le Tribunal arbitral dans une ordonnance, après consultation des Parties.**

Date : 16 juillet 2010

[Signé]

Kaj Hobér

[Signé]

Ronny Abraham

[Signé]

Pierre Tercier