

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

Menzies Middle East and Africa S.A. et Aviation Handling Services International Ltd.

c.

République du Sénégal

(Affaire CIRDI ARB/15/21)

SENTENCE

Membres du Tribunal

M. le professeur Bernard Hanotiau, Président du Tribunal

Me Hamid Gharavi, Arbitre

M. le professeur Pierre Mayer, Arbitre

Secrétaire du Tribunal

Mme Aurélia Antonietti

Assistante du Tribunal

Mme Iuliana Iancu

Date d'envoi aux Parties: le 5 août 2016

TABLE DES MATIERES

| | |
|---|-----------|
| <i>I. LES PARTIES.....</i> | <i>3</i> |
| <i>II. LA PROCEDURE</i> | <i>3</i> |
| <i>III. RESUME DES FAITS</i> | <i>8</i> |
| <i>IV. LES CONCLUSIONS DES PARTIES</i> | <i>16</i> |
| <i>V. LES DISPOSITIONS JURIDIQUES APPLICABLES.....</i> | <i>17</i> |
| <i>VI. Objection N°1 : L'absence de compétence ratione voluntatis : les Demanderesses ne disposent pas d'offres d'arbitrage consenties à leur égard par la République du Sénégal.....</i> | <i>20</i> |
| <i>A. La position de la Défenderesse</i> | <i>20</i> |
| 1. <i>MMEA.....</i> | <i>20</i> |
| 2. <i>AHSI.....</i> | <i>27</i> |
| <i>B. La position des Demanderesses</i> | <i>29</i> |
| 1. <i>MMEA.....</i> | <i>30</i> |
| 2. <i>AHSI.....</i> | <i>37</i> |
| <i>C. L'analyse du Tribunal arbitral.....</i> | <i>40</i> |
| 1. <i>MMEA.....</i> | <i>40</i> |
| 2. <i>AHSI.....</i> | <i>47</i> |
| <i>VII. COÛTS.....</i> | <i>49</i> |
| <i>VIII. DISPOSITIF.....</i> | <i>50</i> |

I. LES PARTIES

1. **MENZIES MIDDLE EAST AND AFRICA S.A.** (ci-après « MMEA »), anciennement dénommée MENZIES AFRIQUE S.A., est une société anonyme luxembourgeoise créée le 2 octobre 2003 au capital de 3.000.000 € immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés du Luxembourg sous le numéro B 96.151, dont le siège social est sis 127 rue de Mühlenbach, L-2168 Luxembourg.
2. **AVIATION HANDLING SERVICES INTERNATIONAL LIMITED** (ci-après « AHSI ») est une société basée aux Îles Vierges Britanniques, au capital de 50.000 USD, immatriculée par le *Certificate of Incorporation* n°569186 du 25 novembre 2003, dont le siège social est sis bureaux de Trident Trust Company (B.V.I.) Limited, Trident Chambers, P.O. Box 146, Road Town, Tortola, British Virgin Islands.
3. MMEA et AHSI sont conjointement dénommées ci-après « les Demanderesses ». Elles sont représentées dans cette procédure par Me Rasseck Bourgi, 10, rue du Chevalier de Saint-George, 75001 Paris, France, et Me Yves Nouvel, 32, rue Monsieur Le Prince, 75006 Paris, France.
4. La Défenderesse est **la République du Sénégal** (ci-après « le Sénégal » ou « la Défenderesse »). Elle est représentée par Me Simon Ndiaye, HMN & Partners, 7, place d'Iéna, 75116 Paris, France, et Me François Meyer, 129, boulevard Saint Germain, 75006 Paris, France, et assistée par M. Antoine Diome, Agent Judiciaire du Sénégal.
5. Les Demanderesses et la Défenderesse sont conjointement dénommées ci-après « les Parties ».

II. LA PROCEDURE

6. Le 17 avril 2015, les Demanderesses ont adressé au Secrétariat du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (ci-après « le CIRDI » et « le Secrétariat ») une Requête aux fins d'arbitrage (ci-après « la Requête d'Arbitrage »). Elles y ont présenté les conclusions suivantes:

« Par ces motifs et sauf à parfaire, les Demanderesses sollicitent au Tribunal, pour les causes sus énoncées :

En la forme :

Sentence

- Se déclarer compétent pour connaître des demandes de MMEA et AHSI ;
- Déclarer la présente Requête recevable ;

Au fond :

Sous réserve d'une augmentation ultérieure des quantum des chefs de préjudice ci-après, notamment au vu d'un ou des rapport(s) d'expertise qui viendra[ont] ultérieurement et définitivement chiffrer ledit *quantum*.

- Condamner l'Etat du Sénégal à réparer intégralement le préjudice subi par MMEA et par AHSI :
 - o soit au titre de préjudice économique **vingt-trois million trois cent trente-neuf mille deux cent quatre-vingt neuf [23.339.289,00] Euros** au titre de la perte des gains manqués, **deux millions deux cent quatre vingt six mille sept cent trente cinq [2.286.735] Euros** au titre de préjudice caractérisé par l'utilisation indue des investissements, matériels et autres actifs par l'administrateur provisoire, la responsabilité en incombant à l'Etat de Sénégal et enfin **sept millions six cent vingt deux mille quatre cent cinquante [7.622.450] Euros** au titre de la perte de parts de marchés dans les pays où le Groupe MMEA-AHS est implanté et de la perte de chances d'obtenir de nouvelles licences d'exploitation, notamment, en Côte d'Ivoire, en Tanzanie et en Arabie Saoudite ;
 - o soit **quatre millions cinq cent soixante-treize mille quatre cent soixante dix [4.573.470] Euros** au titre de la réparation du préjudice moral subi par les Demanderesses,
 - o soit **trois millions huit cent onze mille deux cent vingt-cinq [3.811.225] Euros** au titre de la réparation pour l'atteinte subie par les Demanderesses aux droits de propriété intellectuelle et, plus généralement, pour l'atteinte à l'image du Groupe MMEA-AHS ;
- Condamner l'État du Sénégal à l'intégralité des frais et dépens ;
- Prononcer toute autre condamnation appropriée suivant les circonstances. »

7. Le 15 mai 2015, le Secrétariat a invité les Demanderesses à fournir des informations supplémentaires concernant la clause de la nation la plus favorisée contenue dans l'Accord Général sur le Commerce des Services (ci-après « l'AGCS ») et les traités bilatéraux d'investissement (ci-après « TBIs ») invoqués par les Demanderesses et conclus entre, d'une part, le Sénégal et le Pays-Bas et entre, d'autre part, le Royaume-Uni et le Sénégal.
8. Le 21 mai 2015, le Secrétariat a reçu les informations qu'il avait requises.

Sentence

9. Le 1^{er} juin 2015, le Secrétariat a enregistré la Requête d'Arbitrage.
10. Conformément à l'article 37(2)(a) de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (ci-après « la Convention CIRDI »), les Parties se sont accordées sur un Tribunal arbitral composé de trois arbitres.
11. Le 2 juillet 2015, les Demanderesses ont désigné Maître Hamid Gharavi de nationalité franco-iranienne comme arbitre et Maître Gharavi a accepté cette nomination.
12. Le 26 juillet 2015, la Défenderesse a désigné le Professeur Pierre Mayer de nationalité française comme arbitre et le Professeur Mayer a accepté cette nomination.
13. Le 11 septembre 2015, les Parties ont désigné le Professeur Bernard Hanotiau de nationalité belge comme Président du Tribunal arbitral.
14. Le 14 septembre 2015, les Demanderesses ont déposé une Requête aux Fins de Mesures Conservatoires.
15. Le 17 septembre 2015, le Professeur Hanotiau a accepté sa nomination et le Tribunal arbitral a été constitué. Mme Aurélia Antonietti, Conseiller juridique au CIRDI, a été nommée Secrétaire du Tribunal.
16. Le 23 septembre 2015, le Secrétariat a écrit aux Parties au sujet de la date de la première session du Tribunal arbitral et du calendrier pour les écritures sur la Requête aux Fins de Mesures Conservatoires.
17. Le 25 septembre 2015, suite aux commentaires écrits des Parties concernant la première session, le Tribunal arbitral a confirmé que celle-ci aurait lieu le 19 octobre 2015 à Paris, et a également fixé le calendrier d'échanges des écritures concernant les Mesures Conservatoires.
18. Le 30 septembre 2015, le Secrétariat a envoyé aux Parties les commentaires du Tribunal arbitral concernant le projet d'Ordonnance de procédure n°1 et le projet d'Ordre du jour pour la première session.
19. Le 10 octobre 2015, les Parties ont communiqué au Secrétariat leurs commentaires concernant le projet d'Ordonnance de procédure n°1 et le projet d'Ordre du jour pour la première session.

Sentence

20. Le 15 octobre 2015, la Défenderesse a soumis son Mémoire en Réponse à la Requête aux Fins de Mesures Conservatoires.
21. Le même jour, les Demanderesses ont transmis des pièces supplémentaires, accompagnées d'un Bordereau de Pièces Supplémentaires.
22. Le 19 octobre 2015, le Tribunal arbitral et les Parties ont tenu la première session à Paris. Les Parties se sont notamment accordées sur l'application du Règlement d'arbitrage en vigueur depuis le 10 avril 2006 et sur la nomination comme assistante du Tribunal arbitral de Mme Iuliana Iancu, avocate au sein du cabinet Hanotiau & van den Berg. A l'issue de la première session, les Parties ont présenté oralement leur Réplique et Duplique concernant les Mesures Conservatoires.
23. Le 27 octobre 2015, les Demanderesses ont soumis leur Note complétant la Requête du 14 septembre 2015.
24. Le 30 octobre 2015, le Tribunal arbitral a émis l'Ordonnance de procédure n° 1, dans laquelle le Tribunal a notamment confirmé la bifurcation entre les objections préliminaires de la Défenderesse et le fond de cette affaire.
25. Le 3 novembre 2015, la Défenderesse a soumis sa Réponse à la Note complétant la Requête aux Fins de Mesures Conservatoires.
26. Le 2 décembre 2015, le Tribunal arbitral a émis l'Ordonnance de procédure n° 2, dans laquelle le Tribunal a recommandé à la Défenderesse de « *s'abstenir de prendre toute mesure quelle qu'elle soit de nature à aggraver ou étendre le différend ou à compromettre le bon déroulement du présent arbitrage, et en particulier de prendre toute mesure de nature à mettre en péril le droit des Demanderesses de participer effectivement à la procédure, en ce compris le droit de pouvoir présenter leurs positions et prétentions et de bénéficier d'une résolution effective de leur différend; et donc de ne prendre aucune mesure qui aurait pour objet ou pour effet que les Demanderesses doivent se désister du présent arbitrage* ».
27. Le 1^{er} décembre 2015, la Défenderesse a soumis son Mémoire en Déclinatoire de Compétence (ci-après « le Mémoire en Déclinatoire de Compétence »), accompagné de pièces factuelles et juridiques en version électronique.

Sentence

28. Le 19 janvier 2016, les Demanderesses ont soumis leur Mémoire en Réponse sur le Déclinatoire de Compétence (ci-après « le Mémoire en Réponse »), accompagné de pièces factuelles et juridiques en version électronique.
29. Le 19 février 2016, la Défenderesse a soumis son Mémoire en Réplique en Déclinatoire de Compétence (ci-après « le Mémoire en Réplique »), accompagné de pièces factuelles et juridiques en version électronique.
30. Le 21 mars 2016, les Demanderesses ont soumis leur Mémoire en Duplique sur le Déclinatoire de Compétence (ci-après « le Mémoire en Duplique »), accompagné de pièces factuelles et juridiques en version électronique.
31. L'audience sur la compétence a eu lieu le 15 avril 2016 à Paris. Etaient présents à l'audience :

Le Tribunal arbitral

M. le professeur Bernard Hanotiau, Président
Maître Hamid Gharavi, Co-arbitre
M. le professeur Pierre Mayer, Co-arbitre

Assistante du Tribunal

Mme Iuliana Iancu

Secrétariat CIRDI

M. Pierre Fabrice Amariglio

Pour les Demanderesses

Maître Rasseck Bourgi, Avocat à la Cour
Maître Yves Nouvel, Avocat à la Cour
Mme Mathilde Frappier, Stagiaire - Maître Yves Nouvel
M. Margaux Vandewalle, Stagiaire – Cabinet R. Bourgi
Mme Ana Maric, Stagiaire – Cabinet R. Bourgi
Mme Nathalie Fouet, Stagiaire – Cabinet R. Bourgi

Pour la Défenderesse

Maître François Meyer, Avocat à la Cour
Maître Cédric Evain, Avocat à la Cour
Maître Simon Ndiaye, Avocat à la Cour
Maître Pierre Feng, Avocat à la Cour
Maître Clara Sebbag-Lebrati, Avocat à la Cour
Mme Manuela Dieng, Stagiaire HMN Partners

Sentence

M. Elliott Gressard, Stagiaire HMN Partners
M. Antoine Diome, Agent Judiciaire de l'Etat du Sénégal

Sténotypiste de conférences

Mme Simone Bardot

Mme Christine Rouxel-Merchet

32. Le 1^{er} juin 2016, les Parties ont transmis leurs soumissions concernant les coûts de l'arbitrage (ci-après « DM-C » et « DF-C »).
33. Le 5 août 2016, le Tribunal arbitral a déclaré l'instance close en vertu de l'article 38 du Règlement d'arbitrage.
34. Dans les paragraphes suivants, le Tribunal arbitral présentera d'une manière succincte les faits pertinents (Section **III.**), les chefs de conclusions des Parties (Section **IV.**), ainsi que les dispositions juridiques applicables à la présente Sentence (Section **V.**).

III. RESUME DES FAITS

35. Le Tribunal arbitral se bornera ici à décrire brièvement les faits à l'origine du litige, tels qu'ils ressortent des soumissions des Parties, dans la mesure nécessaire à son analyse des questions litigieuses. Les Parties n'ayant pas soumis à ce stade de la procédure tous les éléments de preuve dont elles entendent se prévaloir, le Tribunal arbitral entend préciser qu'il ne statuera de manière définitive sur aucun élément factuel contesté par les Parties.
36. Selon les Demanderesses, les promoteurs du projet litigieux, les frères Ibrahim et Karim Aboukhalil et M. Mamadou Pouye, ont créé le 12 juillet 2002 au Sénégal une société d'assistance en escale dans le secteur aéronautique, Aviation Handling Services (ci-après « AHS SA »). AHS SA a été créée pour répondre aux exigences légales prévues au Sénégal, qui imposaient la constitution d'une société de droit local pour l'exercice des activités d'assistance en escale dans les aéroports du pays¹.
37. Les Demanderesses indiquent qu'à l'origine AHS SA a été constituée par trois associés, M. Jerry Gureghian (un ami d'enfance de M. Aboukhalil) et M. et Mme Sarr (des employés des sociétés appartenant à la famille des frères Aboukhalil). Selon les Demanderesses, les frères Aboukhalil avaient recouru à des prête-noms pour protéger leur confidentialité étant donné

¹ Requête d'Arbitrage, paras. 38-41; Requête aux Fins de Mesures Conservatoires, para. 5.

Sentence

qu'ils appartenaient à une famille très connue au Sénégal et qu'ils craignaient que leur intérêt pour ce secteur d'activités puisse être source de blocages et de convoitises².

38. La Défenderesse conteste cette présentation des faits. Selon elle, AHS SA a été créée à l'initiative de M. Karim Wade, le fils de l'ancien président du Sénégal et ancien ministre sénégalais des transports aériens, avec la complicité de M. Ibrahim Aboukhalil, M. Karim Aboukhalil et M. Mamadou Pouye³.
39. La Défenderesse ajoute que les prête-noms ont procédé le 8 novembre 2002, à la demande de leurs commanditaires, à une augmentation de capital d'AHS SA, à hauteur de 250 millions de francs CFA⁴.
40. Les Demanderesses affirment que, pour fournir les services d'assistance en escale au Sénégal, AHS SA a coopéré dans le cadre d'une alliance stratégique avec la société britannique Menzies Aviation Group Plc. Plus précisément, AHS SA a conclu avec cette dernière un « *Memorandum of Understanding* » (en date du 18 novembre 2002) et un accord intitulé « *Strategic Alliance Marketing, Technical Assistance and Logistics Support Agreement* » (en date du 25 mars 2003), le but étant d'établir une coopération stratégique pour importer dans plusieurs pays africains, y compris le Sénégal, le savoir-faire du groupe britannique concernant l'exercice de l'activité d'assistance en escale⁵.
41. Selon les Demanderesses, MMEA a été créée dans le cadre de cette alliance stratégique. Elle a été constituée le 2 octobre 2003 sous le nom Menzies Afrique S.A. après la liquidation d'Air Afrique, une compagnie aérienne bénéficiant d'un monopole portant sur les activités d'assistance en escale, en ce compris la maintenance en ligne. En novembre 2003, M. Gureghian et M. et Mme Sarr ont cédé leurs actions dans AHS SA à Menzies Afrique, le prix d'acquisition étant acquitté par cette dernière et AHSI⁶.
42. En décembre 2005, le capital social d'AHS SA a été augmenté par la conversion en actions nouvelles de la créance en compte courant de MMEA et par incorporation de ladite créance dans le capital de la filiale sénégalaise. Ainsi, le capital social d'AHS SA était détenu à ce moment-là à 99,98% par MMEA et à 0,01% par AHSI⁷.

² Requête d'Arbitrage, paras. 55-56, 60.

³ Mémoire en Réponse à la Requête aux Fins de Mesures Conservatoires, paras. 17-24.

⁴ Mémoire en Réponse à la Requête aux Fins de Mesures Conservatoires, para. 20.

⁵ Requête d'Arbitrage, paras. 12-30.

⁶ Requête aux Fins de Mesures Conservatoires, para. 4-6 ; Requête d'Arbitrage, para. 59.

⁷ Requête d'Arbitrage, para. 3.

Sentence

43. Le 18 mars 2011, Menzies Afrique S.A. a changé de nom pour désormais être dénommée MMEA⁸.
44. Dans leur Requête aux Fins de Mesures Conservatoires, les Demanderesses affirment qu'à présent la structure capitalistique de MMEA s'établit à trois niveaux. Au premier niveau, MMEA est détenue à cent pour cent (100%) par une société de droit hongkongais dénommée Menzies Middle East and Africa Group Ltd (« MMEA Group Ltd »). Au deuxième niveau, MMEA Group Ltd est détenue à cent pour cent (100%) par la société de droit panaméen MMEA Holdings SA⁹.
45. Selon la Défenderesse, les frères Aboukhalil et M. Mamadou Pouye ont reconnu être les bénéficiaires économiques des sociétés contrôlant AHS SA. La Défenderesse ajoute que cet état de fait a été corroboré par la Police Judiciaire Luxembourgeoise dans le cadre d'un rapport du 20 décembre 2013, ainsi que par d'autres éléments de preuve, comme par exemple les documents bancaires attestant de plusieurs transferts des fonds vers les fondateurs. La Défenderesse considère que les sociétés MMEA et AHSI sont les instruments de la fraude réalisée à l'encontre de l'État du Sénégal et par le biais desquels MM. Ibrahim Aboukhalil, Karim Aboukhalil, Mamadou Pouye et Karim Wade se sont enrichis de manière illicite au détriment de l'État¹⁰.
46. Les Demanderesses ajoutent que, dans l'exercice de son activité, AHS SA a obtenu le 4 décembre 2002 un agrément conféré par un Arrêté ministériel signé du Ministre des Infrastructures, de l'Équipement et des Transports du Sénégal, portant sur l'exercice des activités en escale sur le site de l'aéroport international Léopold Sédar Senghor de Dakar. Cet agrément a été renouvelé le 25 mars 2011. Des accords similaires ont été obtenus pour les aéroports du Cap Skiring et de Ziguinchor, sans qu'AHS SA ne bénéficie effectivement de l'accord concernant l'aéroport de Ziguinchor¹¹.
47. Les Demanderesses précisent que le partenariat avec Menzies Aviation Group Plc. a été très fructueux, de sorte que MMEA a opéré dans plusieurs pays en Afrique de l'Ouest, en Afrique Centrale et au Moyen Orient à travers ses filiales « Aviation Handling Services »¹².

⁸ Requête d'Arbitrage, paras. 4-6, 59.

⁹ Requête aux Fins de Mesures Conservatoires, para. 23.

¹⁰ Mémoire en Réponse à la Requête aux Fins de Mesures Conservatoires, paras. 40-54.

¹¹ Requête d'Arbitrage, paras. 42-44.

¹² Requête d'Arbitrage, paras. 31-36.

Sentence

48. Quant à la Défenderesse, elle soutient que MMEA et AHSI, ainsi que leurs sociétés mères, sont des sociétés « *parasites* » sans lien capitalistique avec Menzies Aviation Group Plc. dont elles ont usurpé le nom. A cet égard, la Défenderesse se réfère à une demande de Menzies Aviation Group Plc. adressée aux dirigeants de MMEA de cesser l'utilisation du nom « Menzies »¹³.
49. Les Demanderesses soutiennent qu'une information pénale des chefs d'enrichissement illicite et de complicité d'enrichissement illicite a été ouverte au cours du premier semestre de l'année 2013 par la Commission d'Instruction de la Cour de Répression de l'Enrichissement Illicite (ci-après « la CREI ») à l'encontre, entre autres, des fondateurs d'AHS SA, les frères Aboukhalil et M. Pouye. Les Demanderesses expliquent que la CREI est une juridiction d'exception qui a pour mission de poursuivre les personnes suspectées du délit d'enrichissement illicite. Elles ajoutent que cette juridiction était « *en sommeil* » entre 1982 et mars 2012. En effet, la dernière loi sénégalaise du 3 novembre 2014 fixant l'Organisation judiciaire du Sénégal n'a pas inclus la CREI comme étant l'une des juridictions du pays. En outre, selon de nombreuses organisations internationales, dont Amnesty International, la CREI ne garantit pas le respect du droit à un procès équitable¹⁴.
50. La Défenderesse a une toute autre position. De son point de vue, la CREI est une institution qui joue un rôle crucial dans la mise en œuvre par le Sénégal de la Convention des Nations Unies contre la corruption du 9 décembre 2003, du Code Pénal sénégalais et d'autres instruments internationaux contre le blanchiment d'argent et la criminalité organisée. Une enquête a été ouverte par le Procureur Spécial près de la CREI contre M. Karim Wade en raison de la disproportion constatée entre les revenus officiels de l'intéressé et son patrimoine réel¹⁵.
51. Les Parties ne contestent pas que, le 11 juin 2013, la Commission d'Instruction de la CREI a procédé par ordonnance rendue au titre « *des mesures provisoires sur les biens des inculpés* » à la désignation d'un administrateur provisoire d'AHS SA; en l'occurrence le Cabinet Add Value Finances. Ce cabinet a été chargé d'« *accomplir les obligations légales des organes de gestion dessaisis* » et de « *bloquer les transferts de fonds vers tout autre compte bancaire ou assimilé appartenant à des personnes physiques ou morales, et notamment MMEA et AHSI* »¹⁶.

¹³ Mémoire en Réponse à la Requête aux Fins de Mesures Conservatoires, paras. 55-62.

¹⁴ Requête aux Fins de Mesures Conservatoires, para. 7; Requête d'Arbitrage, paras. 78-80, 82.

¹⁵ Mémoire en Réponse à la Requête aux Fins de Mesures Conservatoires, paras. 64-75.

¹⁶ Requête d'Arbitrage, para. 83.

Sentence

52. Les Demanderesses considèrent que le placement sous administration provisoire d'AHS SA était illégal puisque, selon le droit sénégalais, seule une juridiction commerciale a une telle compétence. De surcroît, les conditions requises par la loi pour la désignation d'un administrateur provisoire – l'existence de circonstances rendant impossible le fonctionnement normal de la personne morale – n'étaient pas remplies en l'espèce, puisque l'Administrateur général d'AHS SA n'était pas concerné par la procédure pénale et n'avait pas été inculqué par la Commission d'Instruction de la CREI. Fait plus grave encore, la Commission d'Instruction de la CREI a décidé de considérer AHS SA, pourtant personne morale, comme étant un bien des inculpés, qui sont personnes physiques. Les Demanderesses considèrent que le placement sous administration provisoire d'AHS SA est une mesure d'expropriation déguisée, dont le caractère illicite a été aggravé par le traitement discriminatoire qu'elles ont subi du fait qu'aucune notification de l'ordonnance du 11 juin 2013 ne leur a été transmise¹⁷.
53. Les Demanderesses se plaignent également des faits suivants :
- (i) M. Abdoulaye Sylla occupe les fonctions d'administrateur provisoire d'AHS SA, en dépit du fait qu'il a été condamné pour banqueroute frauduleuse et qu'il ne présentait aucune des compétences requises par la loi ;
 - (ii) Les Demanderesses n'ont pas été informées des activités d'AHS SA et les instances statutaires de la société n'ont pas été convoquées, malgré le fait que l'administrateur provisoire avait ces obligations en vertu de la loi ;
 - (iii) Add Value Finances laisse M. Abdoulaye Sylla, qui n'est pas son représentant légal, agir pour le compte de l'administration provisoire d'AHS SA. La réelle représentante légale d'Add Value Finances, à savoir, Mme Fatoumata Zohra Deme, se prévaut, quant à elle, d'être « *Directrice Générale* » d'AHS SA alors qu'elle n'en est que l'administratrice provisoire ;
 - (iv) La gestion effective par Add Value Finances d'AHS SA est désastreuse. L'administrateur provisoire a ainsi décidé la cessation de la rémunération du directeur général et du directeur des opérations (détachés auprès d'AHS SA par Menzies Aviation Group Plc), procédé à plusieurs licenciements, et aussi à la nomination au poste de Directeur de la Qualité, Sûreté, Sécurité, Environnement d'un ancien salarié d'AHS SA qui avait été licencié pour faute lourde lorsqu'il occupait le poste d'Inspecteur en Sûreté et Sécurité¹⁸.

¹⁷ Requête d'Arbitrage, paras. 85-91, 94, 95.

¹⁸ Requête d'Arbitrage, paras. 93, 96-113.

Sentence

54. Selon la Défenderesse, l'enquête ouverte contre M. Karim Wade a établi qu'il disposait de comptes bancaires au Sénégal et à l'étranger sur lesquels transitaient d'importantes sommes d'argent et que plusieurs personnes physiques, dont les fondateurs des Demanderesses, étaient impliquées dans la gestion des sociétés dont M. Wade était bénéficiaire économique indirect. M. Wade n'ayant pas donné d'explication convaincante concernant l'origine de son patrimoine, le Procureur a sollicité son inculpation ainsi que celle de ses partenaires. Durant la procédure d'instruction, il est apparu qu'AHS SA était entièrement contrôlée, de manière indirecte, par MM. Ibrahim Aboukhalil, Karim Aboukhalil et Mamadou Pouye. En vue d'éviter une fuite de capitaux, AHS SA a alors été mise sous administration provisoire le 11 juin 2013¹⁹.
55. Suite à ces développements, le 25 juin 2013, Menzies Aviation Group Plc a notifié aux Demanderesses que l'ensemble des faits imputables à l'administration provisoire violait les termes de leurs engagements contractuels et que, par conséquent, les accords conclus avec AHS SA seraient suspendus le jour même. Cette décision reste toujours effective²⁰.
56. Les Demanderesses ajoutent que depuis la prise de fonction de l'administrateur provisoire et le démantèlement du top management d'AHS SA, les signataires sur les comptes de cette société sont l'administrateur provisoire, son épouse et un troisième membre de sa famille, Mme Khoudia Sylla. Les dirigeants d'AHS SA n'ont pas eu et n'ont toujours pas accès aux documents de cette dernière, ce qui les met dans l'impossibilité d'informer les actionnaires. En outre, en violation des lois applicables, l'approbation des comptes de l'exercice 2013 n'est pas intervenue et aucun rapport n'a été émis ni présenté par l'administrateur provisoire à la Commission d'Instruction de la CREI²¹.
57. Le 23 mars 2015, la CREI a rendu un arrêt condamnant M. Karim Wade pour enrichissement illicite et MM. Ibrahim Aboukhalil, Karim Aboukhalil et Mamadou Pouye pour complicité d'enrichissement illicite. La CREI a aussi ordonné « *la confiscation de tous les biens présents des condamnés, de quelque nature qu'ils soient, meubles ou immeubles, divis ou indivis, corporels ou incorporels, notamment les actions des sociétés dont ils sont bénéficiaires économiques* ». Cette confiscation a donc porté, entre autres, sur les parts sociales détenues par les condamnés dans les sociétés ayant concouru à leur enrichissement illicite²².

¹⁹ Mémoire en Réponse à la Requête aux Fins de Mesures Conservatoires, paras. 76-80.

²⁰ Requête d'Arbitrage, paras. 114-115.

²¹ Requête d'Arbitrage, paras. 122-125.

²² Requête aux Fins de Mesures Conservatoires, paras. 9-10; Mémoire en Réponse à la Requête aux Fins de Mesures Conservatoires, paras. 81-84.

Sentence

58. Les Demanderesses ajoutent que, le jour même du prononcé de l'arrêt, M. Aboukhalil et M. Pouye se sont pourvus en cassation à l'encontre de cet arrêt, qui, selon les Demanderesses, avait ignoré sciemment la réelle composition du capital des Demanderesses et implicitement préparé la confiscation de celui-ci en ordonnant « *la confiscation de tous les biens présents des condamnés* ». La requête aux fins de pourvoi contenait 31 moyens de cassation sur 128 pages et s'appuyait sur 10 volumes de pièces. Plus de mille pages ont été déposées au greffe de la Cour Suprême du Sénégal le 18 mai 2015. La Chambre Criminelle de la Cour Suprême a décidé de tenir une audience le 6 août 2015, durant les vacances judiciaires au Sénégal²³.
59. Le 20 août 2015, la Cour Suprême a rendu un arrêt confirmant la décision de la CREI.
60. Les Demanderesses critiquent la vitesse avec laquelle leur pourvoi en cassation a été entendu et résolu par la Cour, et maintiennent que la seule raison pour ce traitement inhabituel est la volonté de procéder rapidement à la confiscation des biens des condamnés. Les Demanderesses font valoir que cette volonté résulte aussi du refus de la Cour Suprême d'accéder à la demande de sursis à statuer de M. Aboukhalil. En effet, M. Aboukhalil avait invoqué le dépôt d'un recours en cassation devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage sise à Abidjan (ci-après « la CCJA »), cour gardienne de la bonne interprétation et application du Traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (ci-après « le Traité OHADA »). Selon l'article 16 du Traité OHADA, la saisine de la CCJA suspend toute procédure de cassation engagée devant une juridiction nationale contre la décision attaquée. Les Demanderesses considèrent que la Cour Suprême a violé cet article, étant déterminée de statuer en toute hâte²⁴.
61. Les Demanderesses critiquent aussi l'arrêt de la Cour Suprême sur le fond. Selon elles, la Cour Suprême aurait sciemment présenté de manière erronée la structure capitalistique des Demanderesses dans le but de confirmer la confiscation des actions décidée par l'arrêt de la CREI. En effet, la Cour a retenu que M. Karim Wade – le principal prévenu de la procédure engagée devant la CREI – était l'actionnaire à hauteur de 40% de la société MMEA Holdings S.A. Les Demanderesses contestent que M. Karim Wade détienne une participation dans les sociétés du Groupe MMEA, aussi bien en tant que actionnaire qu'en tant que bénéficiaire économique. Elles ajoutent que l'arbitraire de la décision de la Cour Suprême devient évident à la lecture de la demande du Procureur général, qui avait requis une cassation sans renvoi uniquement sur les mesures de confiscation et les mesures d'administration provisoire des sociétés²⁵.

²³ Requête aux Fins de Mesures Conservatoires, paras. 13-14.

²⁴ Requête aux Fins de Mesures Conservatoires, paras. 15-20.

²⁵ Requête aux Fins de Mesures Conservatoires, paras. 22-25.

62. Les Demanderesses soutiennent que l'administration provisoire d'AHS SA reste en cours à ce jour, en dépit des dispositions de l'article 160-2 de l'Acte Uniforme relatif au droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique, applicable au Sénégal, qui prévoit qu'une telle administration ne peut pas durer plus d'un an. Les Demanderesses contestent l'affirmation de la Défenderesse, selon laquelle l'administration provisoire d'AHS SA aurait pris fin le 20 août 2015, le jour de l'arrêt de la Cour Suprême. MMEA et AHSI relèvent que, le même jour, M. Aboukhalil a déposé une requête en rabat de l'arrêt de la Cour Suprême, ce qui a eu un effet suspensif de son exécution et, en particulier, a suspendu le transfert d'AHS SA dans le patrimoine de l'État²⁶.
63. La Défenderesse interprète différemment l'arrêt de la Cour Suprême et la procédure devant cette juridiction. Ainsi, elle soutient qu'un nombre important de moyens de cassation ne visaient qu'à remettre en cause l'interprétation des faits établis par les juges du fond, ce qui est inadmissible en cassation selon le droit sénégalais. En outre, tenant compte du fait que la procédure devant la Cour Suprême est écrite, la juridiction était saisie des requêtes en cassation au jour de leur dépôt: les 18 et 19 mai 2015. La Cour Suprême n'a pas donc jugé du différend en deux semaines mais en trois mois. Sur le fond, en confirmant la confiscation des actions des sociétés dont les condamnés étaient propriétaires, la Cour Suprême a mis fin à l'administration provisoire d'AHS SA tant *de jure* que *de facto*. AHS SA est passée dans le patrimoine de l'État du Sénégal et est devenue une société de droit privé mais à capitaux publics. Selon la Défenderesse, cet état de fait est confirmé par une lettre du Ministre de l'Economie des Finances et du Plan datée du 18 septembre 2015 et adressée à M. Abdoulaye Sylla, par laquelle ce dernier a été informé de la fin de l'administration provisoire et a été chargé de gérer AHS SA en bon père de famille en attendant que soient désignés ses nouveaux organes de gestion²⁷.
64. Dans le cadre de cette procédure arbitrale, les Demanderesses allèguent, entre autres, que la Défenderesse a violé l'Accord relatif à l'encouragement et à la protection des investissements conclu entre la République du Sénégal et le Royaume des Pays-Bas, signé le 3 août 1979 et entré en vigueur le 5 mai 1981 (ci-après « le TBI Sénégal - Pays-Bas »), les principes du droit international général et le droit sénégalais, en particulier le Code des Investissements du Sénégal²⁸.
65. Pour ce qui est de la compétence du Tribunal arbitral, en ce qui concerne MMEA, les Demanderesses allèguent que la compétence *ratione voluntatis* du Tribunal arbitral résulte

²⁶ Requête d'Arbitrage, para. 128; Requête aux Fins de Mesures Conservatoires, para. 8.

²⁷ Mémoire en Réponse à la Requête aux Fins de Mesures Conservatoires, paras. 85-92.

²⁸ Requête d'Arbitrage, paras. 251, 256, 269, 270.

Sentence

de l'application de la clause de la nation la plus favorisée (ci-après « la clause NPF ») de l'AGCS, qui permet à MMEA de prétendre à l'accès au mode de règlement des différends prévu à l'article 10 du TBI Sénégal - Pays-Bas, ou à celui prévu à l'article 8 de l'Accord relatif à la promotion et la protection des investissements conclu entre le Sénégal et le Royaume-Uni, signé le 7 mai 1980 et entré en vigueur le 9 février 1984 (ci-après « le TBI Sénégal - Royaume-Uni »).

66. En ce qui concerne AHSI, les Demanderesses considèrent qu'elle a accès au mode de règlement prévu à l'article 8 du TBI Sénégal - Royaume-Uni en vertu de l'application de l'article 12 du Code des Investissements du Sénégal qui y fait renvoi.
67. Quant à elle, la Défenderesse a invoqué les objections suivantes à la compétence du Tribunal arbitral :
- (i) Objection N°1 : L'absence de compétence *ratione voluntatis* : les Demanderesses ne disposent pas d'offres d'arbitrage consenties à leur égard par la République du Sénégal ;
 - (ii) Objection N° 2 : L'absence de compétence *ratione materiae* : l'inexistence d'un investissement réalisé au Sénégal ; et
 - (iii) Objection N° 3 : L'absence de compétence *ratione personae* : AHS S.A. est une opération financée et réalisée au Sénégal par des ressortissants sénégalais.

IV. LES CONCLUSIONS DES PARTIES

68. La Défenderesse demande au Tribunal arbitral de :
- « **JUGER** que le présent différend ne relève pas de la compétence du CIRDI et du Tribunal arbitral,
 - **DECLINER SA COMPETENCE** pour connaître de fond du différend,
 - **REJETER** l'intégralité des demandes présentées par les Demanderesses,
 - **CONDAMNER** les Demanderesses à prendre en charge l'intégralité des frais engagés par la République du Sénégal pour sa défense dans le cadre de la présente procédure arbitrale »²⁹.
69. Quant aux Demanderesses, leurs conclusions sont les suivantes :

« Sauf à parfaire, les Demanderesses sollicitent du Tribunal Arbitral de :

²⁹ Mémoire en Réplique, p. 124.

Sentence

- Rejeter le déclinatoire de compétence de la République du Sénégal en raison de son caractère infondé,
- Joindre au fond l'ensemble des exceptions d'irrecevabilité et subsidiairement, écarter à ce stade toutes les exceptions d'irrecevabilité soulevées par le Défendeur,

En conséquence, en tout état de cause :

- Dire et juger que le présent différend relève de la compétence du Tribunal Arbitral,
- Renvoyer la procédure à une phase ultérieure qui portera sur l'ensemble des demandes de MMEA et AHSI,
- Réserver la question des coûts et frais de la procédure »³⁰.

V. LES DISPOSITIONS JURIDIQUES APPLICABLES

70. L'article 25 de la Convention CIRDI est comme suit :

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

(2) « Ressortissant d'un autre Etat contractant » signifie :

(a) toute personne physique 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 ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée conformément à l'article 28, alinéa (3), ou à l'article 36, alinéa (3), à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'Etat contractant partie au différend ;

(b) 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.

(3) Le consentement d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant d'un Etat contractant ne peut être donné qu'après approbation par ledit Etat, sauf si celui-ci indique au Centre que cette approbation n'est pas nécessaire.

³⁰ Mémoire en Duplique, p. 288.

Sentence

(4) Tout Etat contractant peut, lors de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la Convention ou à toute date ultérieure, faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considérerait comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre. Le Secrétaire général transmet immédiatement la notification à tous les Etats contractants. Ladite notification ne constitue pas le consentement requis aux termes de l'alinéa (1). »

71. L'article premier de la Partie I de l'AGCS prévoit :

« PARTIE I
PORTEE ET DEFINITION
Article premier
Portée et définition

1. Le présent accord s'applique aux mesures des Membres qui affectent le commerce des services.

2. Aux fins du présent accord, le commerce des services est défini comme étant la fourniture d'un service:

a) en provenance du territoire d'un Membre et à destination du territoire de tout autre Membre;

b) sur le territoire d'un Membre à l'intention d'un consommateur de services de tout autre Membre;

c) par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à une présence commerciale sur le territoire de tout autre Membre;

d) par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à la présence de personnes physiques d'un Membre sur le territoire de tout autre Membre.

3. Aux fins du présent accord:

a) les "mesures des Membres" s'entendent de mesures prises par:

- i) des gouvernements et administrations centraux, régionaux ou locaux; et
- ii) des organismes non gouvernementaux lorsqu'ils exercent des pouvoirs délégués par des gouvernements ou administrations centraux, régionaux ou locaux;

dans la mise en oeuvre de ses obligations et engagements au titre de l'Accord, chaque Membre prendra toutes mesures raisonnables en son pouvoir pour que, sur son territoire, les gouvernements et administrations régionaux et locaux et les organismes non gouvernementaux les respectent;

b) les "services" comprennent tous les services de tous les secteurs à l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental;

Sentence

c) un "service fourni dans l'exercice du pouvoir gouvernemental" s'entend de tout service qui n'est fourni ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services. »

72. Selon l'article II, de la Partie II de l'AGCS :

*« Article II
Traitement de la nation la plus favorisée*

1. En ce qui concerne toutes les mesures couvertes par le présent accord, chaque Membre accordera immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays.
2. Un Membre pourra maintenir une mesure incompatible avec le paragraphe 1 pour autant que celle-ci figure à l'Annexe sur les exemptions des obligations énoncées à l'article II et satisfasse aux conditions qui sont indiquées dans ladite annexe.
3. Les dispositions du présent accord ne seront pas interprétées comme empêchant un Membre de conférer ou d'accorder des avantages à des pays limitrophes pour faciliter les échanges, limités aux zones frontières contiguës, de services qui sont produits et consommés localement. »

73. L'article 12 du Code des Investissements du Sénégal (ci-après le « Code des investissements » ou « le Code ») dispose comme suit:

« Tous les différends résultant de l'interprétation ou de l'application du présent Code qui n'ont pas trouvé des solutions à l'amiable sont réglés par les juridictions sénégalaises compétentes conformément aux lois et règlements de la République.

Les différends entre personne physique ou morale étrangère et la République du Sénégal relatifs à l'application du présent Code sont réglés conformément à la procédure de conciliation et d'arbitrage découlant :

- soit d'un commun accord entre les deux parties ;
- soit d'accords et traités relatifs à la protection des investissements conclus entre la République du Sénégal et l'Etat dont l'investisseur est ressortissant. »

74. Avant de procéder à l'analyse des arguments des Parties, le Tribunal arbitral souhaite préciser que pour sa décision, il a pris en considération tous les arguments invoqués par les Parties dans leurs soumissions écrites et orales. Dans la mesure où certains arguments ne sont pas reproduits expressément dans la présente Sentence, ils doivent être considérés comme faisant partie de l'analyse du Tribunal arbitral.

VI. Objection N°1 : L'absence de compétence *ratione voluntatis* : les Demanderesses ne disposent pas d'offres d'arbitrage consenties à leur égard par la République du Sénégal

A. La position de la Défenderesse

1. MMEA

75. La Défenderesse soutient tout d'abord que MMEA n'est pas en droit d'invoquer les dispositions de l'AGCS ou, plus généralement, des Accords conclus dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce (ci-après « l'OMC ») puisque les Etats parties n'ont pas entendu rendre les dispositions de ces traités invocables par des personnes privées³¹.
76. En ce sens, la Défenderesse rappelle qu'il est de principe dans le droit international qu'un traité international ne lie que les Etats parties, à l'exception de la situation où ces derniers ont envisagé de conférer des droits invocables par des personnes privées. Selon le Sénégal, tant le texte de l'AGCS, interprété sur la base de l'article 31 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (ci-après « la Convention de Vienne »), que les conditions de son adoption démontrent que les Etats parties à cet accord n'ont pas entendu rendre ses normes invocables par des personnes privées. La Défenderesse fait ainsi référence au Préambule de l'AGCS, à son objet et à ses dispositions pour la résolution des différends pour affirmer que le but de l'AGCS est de créer un cadre international multilatéral impliquant seulement les Etats membres et visant à développer et libéraliser leur secteur des services. Aucune des dispositions des accords de l'OMC et de l'AGCS n'envisage la possibilité pour une personne privée de les invoquer. Selon la Défenderesse, ceci est la manifestation de la volonté des Etats parties de l'AGCS de ne pas lui conférer un tel effet³².
77. La Défenderesse ajoute que ce manque de référence est d'autant plus significatif que les accords de l'OMC, et donc l'AGCS, sont postérieurs à la Convention CIRDI qui confère expressément aux personnes privées la possibilité d'agir sur le plan international. De plus, la pratique conventionnelle des Etats démontre leur intention de traiter d'une manière distincte le droit international économique qui reste le sujet des relations interétatiques et le droit international des investissements, qui porte sur les relations Etats-investisseurs³³.

³¹ Mémoire en Déclinatoire de Compétence, paras. 156-160.

³² Mémoire en Déclinatoire de Compétence, paras. 164-178.

³³ Mémoire en Déclinatoire de Compétence, paras. 179-185.

Sentence

78. La Défenderesse soutient aussi que l'invocabilité des accords de l'OMC, dont l'AGCS, par les personnes privées a été demandée par la Suisse lors des négociations de l'Uruguay Round. Néanmoins, cette possibilité n'a pas été finalement retenue par les Etats membres, ce qui traduit leur volonté de ne pas rendre ces traités invocables par les personnes privées. Le Sénégal ne trouve pas que la pratique de certains Etats d'exclure les clauses d'arbitrage contenues dans les TBIs du champ d'application de la clause NPF de l'AGCS est particulièrement révélatrice. Cette pratique est restée minoritaire dans le cadre de l'OMC dans la mesure où seuls 14 membres sur 162 ont mentionné leurs TBIs au titre de la clause NPF et seulement 3 membres ont indiqué qu'ils entendaient exclure spécifiquement les procédures d'arbitrage prévues dans leurs TBIs. Les discussions auxquelles les Demanderesses font référence font état de l'existence de réflexions, au demeurant inachevées. La Défenderesse s'appuie ainsi sur le rapport du Groupe spécial *Etats-Unis – Sections 301-310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur*³⁴ où il a été conclu que les dispositions des accords OMC ne pouvaient pas être invoquées par les personnes privées³⁵ :

« Selon la doctrine de l'effet direct, dont on a constaté l'existence principalement dans l'ordre juridique des CE mais aussi dans certains accords de libre-échange, les obligations faites aux Etats sont interprétées comme créant des droits et des obligations exécutoires pour les particuliers. Ni le GATT ni l'Accord sur l'OMC n'ont été interprétés jusqu'à présent par les organes du GATT/de l'OMC comme un ordre juridique déployant des effets directs. Suivant cette façon de voir, le GATT/l'OMC n'ont pas créé un nouvel ordre juridique dont les sujets seraient à la fois les parties contractantes ou les Membres et leurs ressortissants »³⁶.

79. La Défenderesse ajoute que la Cour de Justice de l'Union Européenne (ci-après « CJUE »), ainsi que les Etats-Unis se sont prononcés en faveur de l'absence d'invocabilité des accords de l'OMC par les personnes privées³⁷. Même si ces décisions ne concernaient pas des espèces dans lesquelles l'AGCS était invoqué, elles ont établi une jurisprudence fondée sur l'applicabilité des « règles de l'OMC » dont l'AGCS fait partie intégrante. De plus, l'intégralité des litiges portés sur la base des dispositions de l'AGCS l'ont été par les Etats parties devant l'Organe de Règlement des Différends (ci-après « l'ORD »), ce qui souligne une fois encore que les entreprises sont les bénéficiaires indirects des règles de libéralisation

³⁴ Pièce RL-33.

³⁵ Mémoire en Déclinatoire de Compétence, paras. 189-191 ; Mémoire en Réplique, paras. 209-216.

³⁶ Pièce RL-33, para. 7.72.

³⁷ La Défenderesse se réfère ainsi aux décisions de la CJUE dans *International Fruit Company NV* (CJUE, 12 décembre 1972, Aff. Jointes C-21 à 24-72.p.1225, Pièce RL-34), dans *Allemagne c. Conseil* (CJUE, 5 octobre 1994, République fédérale de l'Allemagne c. Conseil de l'Union européenne, aff. C-280/93 para.36, Pièce RL-35), dans *République portugaise c. Conseil de l'Union Européenne* (CJUE, 23 novembre 1999, aff. C-149/96, Pièce RL-36), dans *LVP NV c. Belgische Staat* (CJUE, 18 décembre 2014, aff. C-306/13, Pièce RL-78) et au *Uruguay Round Agreements Act* 108 Stat. 4815 (Pièce RL-38).

Sentence

du commerce des biens et services, mais elles ne sont pas destinataires de ces règles et ne peuvent s'en prévaloir³⁸.

80. En outre, selon le Sénégal, les dispositions de l'AGCS et en particulier la clause NPF ne sauraient être invocables par des particuliers puisqu'elles n'ont pas un caractère « *self-executing* ». Elles ne sont pas suffisamment claires et précises et nécessitent d'être interprétées et transposées par un acte juridique distinct. En effet, la clause NPF ne peut pas être considérée comme « *self-executing* » particulièrement en raison des mécanismes de coopération prévus dans l'AGCS, comme l'ORD³⁹.
81. De surcroît, si le Tribunal arbitral suivait l'interprétation proposée par les Demanderesses, il porterait atteinte à la compétence exclusive de l'ORD de constater une violation de l'AGCS. La Défenderesse n'est pas convaincue par l'argument de MMEA selon lequel le Tribunal arbitral devrait seulement constater l'existence d'une règle juridique (en espèce le principe de non-discrimination consacré dans la clause NPF), mais non sa violation, pour fonder sa compétence. Selon la Défenderesse, la clause NPF ne peut produire ses effets que s'il est établi que le Sénégal a, dans le cadre de l'AGCS, conféré un traitement moins favorable aux ressortissants luxembourgeois en raison de leur nationalité. Or, un tel constat relève du monopole juridictionnel de l'ORD⁴⁰.
82. La Défenderesse ajoute qu'en tout état de cause, MMEA ne saurait se prévaloir des dispositions de l'AGCS puisqu'elle n'est pas un « *fournisseur de service* » au sens de l'article XXVIII g) de l'AGCS. Selon le Sénégal, pour être éligible au Mode 3 (la « *présence commerciale* »), les sociétés doivent soit avoir eu l'intention de fournir des services, soit être déjà elles-mêmes des fournisseurs de services dans leur Etat d'origine. Or, AHS SA. disposait de son agrément, de sa licence d'exploitation, et commençait à avoir une activité effective, avant même que MMEA ne soit créée et ne procède à l'acquisition de ses parts sociales. De la même manière, AHS Voyages et AHS Line Maintenance (ci-après « AHS L.M. ») ne sauraient davantage constituer des présences commerciales de MMEA au Sénégal. AHS Voyages est une filiale détenue à 100% par AHSI mais qui *de fait* est gérée par AHS SA. AHS L.M. est une filiale d'AHS SA dans laquelle MMEA ne détient aucune participation directe⁴¹.

³⁸ Mémoire en Déclinatoire de Compétence, paras. 193-202 ; Mémoire en Réplique, paras. 170-177.

³⁹ Mémoire en Déclinatoire de Compétence, paras. 203-212.

⁴⁰ Mémoire en Réplique, paras. 151-169.

⁴¹ Mémoire en Réplique, paras. 184-194.

Sentence

83. La Défenderesse soutient aussi que MMEA n'a pas une présence commerciale au Sénégal au travers d'AHS SA, puisque « aucune convention d'assistance ou de compétence, aucun transfert de fonds, et de manière générale, aucun échange de nature à justifier un lien théorique de filiation »⁴² entre MMEA et AHS SA n'ont été établis. Selon le Sénégal, AHS SA n'a jamais été financée par MMEA mais par des sociétés tierces, bénéficiant de créances en compte courant d'associés à l'instar de Menzies Afrique Centrale (ci-après « MAC ») ou Menzies Afrique Engineering (ci-après « MAE »)⁴³.
84. La Défenderesse ajoute que MMEA n'est pas un fournisseur de services puisque cette société ne produit, ne distribue et ne commercialise aucun service, mais ne fait que détenir une participation dans le capital d'AHS SA. En effet, le Registre du commerce et des sociétés du Luxembourg du 21 avril 2008 portant sur MMEA énonce que « la société a pour objet la prise de participations [...], la société n'exercera pas directement une activité industrielle et ne tiendra aucun établissement commercial ouvert au public »⁴⁴. Selon le Sénégal, la valorisation de la marque Menzies était faite non par MMEA mais par les Fondateurs depuis Dakar. MMEA ne pouvait pas réaliser des prestations d'audit et de comptabilité depuis le Luxembourg car elle ne dispose d'aucun local et d'aucun salarié dans ce pays. L'expertise mise à la disposition des filiales AHS par MMEA est inexistante car les personnels qualifiés en matière d'aéronautique étaient des salariés détachés par MAG qui n'avaient aucun contrat de travail avec MMEA. De la même manière, la gestion des filiales locales était faite par les membres du personnel de direction qualifiés détachés par MAG. L'assistance technique était réalisée directement par les membres du personnel local. Pour ce qui est de l'assurance des filiales et des prestations de communication d'informations relatives aux vols, passagers et bagages, la Défenderesse soutient qu'aucune preuve n'a été apportée⁴⁵.
85. De plus, selon la Défenderesse, la clause NPF de l'AGCS ne saurait justifier la position de MMEA puisque l'absence d'offre d'arbitrage ne constitue pas une « mesure » qui puisse affecter le commerce des services. La notion de « mesure » est définie dans l'article XXVIII a) de l'AGCS comme « toute mesure prise par un Membre, que ce soit sous forme de loi, de réglementation, de règle, de procédure, de décision, de décision administrative, ou sous toute autre forme ». La Défenderesse en déduit qu'une mesure doit découler d'un comportement positif d'un Etat membre et doit être prise par (doit donc être attribuable à) un Etat membre de l'OMC. L'absence d'offre d'arbitrage est dépourvue de toute dimension positive, elle est une abstention et non pas une mesure positive. Qui plus est, elle résulte de

⁴² Mémoire en Déclinatoire de Compétence, para. 225.

⁴³ Mémoire en Déclinatoire de Compétence, paras. 213-229.

⁴⁴ Pièce R-76.

⁴⁵ Mémoire en Réplique, paras. 195-208.

la conduite commune de deux Membres de l'OMC : le Sénégal et le Luxembourg. En tout état de cause, cette absence d'offre d'arbitrage n'affecte pas le commerce de services au sens de l'article XXVIII c) de l'AGCS, puisque elle est de nature purement procédurale⁴⁶.

86. La Défenderesse ajoute que la clause NPF de l'AGCS ne l'oblige pas à accorder un traitement identique, mais seulement un traitement « *non moins favorable* ». La Défenderesse considère qu'une offre d'arbitrage ne constitue pas un « *traitement* », qui est une notion se référant aux standards devant être respectés par les Etats au regard des investissements étrangers. De plus, la situation d'un investisseur qui peut bénéficier d'un TBI contenant une clause d'arbitrage n'est pas objectivement comparable à celle d'un investisseur qui ne bénéficie pas d'un TBI. Seules AHS SA et SHS, le concurrent d'AHS SA sur le marché de handling, et leurs actionnaires respectifs, se trouvent dans des situations similaires. Or, AHS SA et SHS, ainsi que leurs actionnaires disposaient des mêmes voies de recours devant les juridictions sénégalaises. Il n'existe aucun opérateur de maintenance au Sénégal qui bénéficierait d'un traitement plus favorable que celui accordé à MMEA⁴⁷.
87. Invoquant *Maffezini c. Espagne*,⁴⁸ la Défenderesse soutient que le principe *ejusdem generis* ne permet d'appliquer les clauses NPF qu'aux questions relevant du même objet ou de la même catégorie d'objets que ceux auxquels elles se rapportent⁴⁹. Or, l'AGCS et le TBI Sénégal - Pays-Bas sont deux traités internationaux ayant des objets distincts. En outre, l'AGCS est un accord multilatéral alors que le TBI Sénégal - Pays-Bas est un accord bilatéral. L'AGCS fait partie intégrante et se réfère aux accords de l'OMC alors que le TBI Sénégal - Pays-Bas se suffit à lui-même. L'AGCS s'adresse aux Etats parties alors que le TBI Sénégal - Pays-Bas a pour destinataires les investisseurs ressortissants des Etats parties. L'AGCS ne crée pas de droits directement invocables par des personnes privées, alors que le TBI Sénégal - Pays-Bas permet cette invocation directe. L'AGCS a pour objet la libéralisation du commerce international des services, alors que le TBI Sénégal - Pays-Bas protège les investissements, sans lien spécifique avec la fourniture des services. Une distinction supplémentaire entre les deux traités résulte du fait que l'AGCS relève du droit international économique, alors que le TBI relève du droit international des investissements⁵⁰.

⁴⁶ Mémoire en Réplique, paras. 217-234.

⁴⁷ Mémoire en Réplique, paras. 256-290.

⁴⁸ *Emilio Agustín Maffezini c. le Royaume d'Espagne* (Affaire CIRDI ARB/97/7), Décision du Tribunal arbitral sur les objections à la compétence, 25 janvier 2000 (Pièce CL-4) (ci-après « *Maffezini c. Espagne* »).

⁴⁹ La Défenderesse se réfère, entre autres, au Projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée, texte adopté par la Commission du droit international, Annuaire de la Commission du droit international, 1978, vol. II (Pièce RL-91).

⁵⁰ Mémoire en Déclinatoire de Compétence, paras. 230-242 ; Mémoire en Réplique, paras. 298-313.

Sentence

88. Il résulte de ces différences que la clause NPF de l'AGCS opère différemment par rapport à une clause NPF incluse dans un TBI. La Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement dans son rapport de 2010 portant sur le traitement de la nation la plus favorisée⁵¹ a confirmé cette distinction. Par conséquent, le traitement NPF dû par les Etats dans le cadre de l'AGCS est limité aux mesures prises en vertu de cet Accord, et qui ont le potentiel de créer une barrière objective, de nature structurelle, à l'entrée sur un marché donné par un opérateur, en raison de sa nationalité. L'absence d'offre d'arbitrage consentie par le Sénégal au bénéfice de ressortissants luxembourgeois ne relève pas des mesures prévues par l'AGCS puisqu'elle ne saurait avoir pour effet de générer une barrière à l'entrée sur le marché d'un opérateur luxembourgeois⁵².
89. La Défenderesse soutient aussi que l'argumentation des Demanderesses serait de nature à générer des effets non envisagés par les Etats membres de l'OMC. En effet, il suffirait qu'un Etat ait conclu un seul TBI contenant une offre d'arbitrage et ait adhéré à l'OMC pour que celui-ci soit contraint, par le jeu de la clause NPF de l'AGCS, d'étendre le bénéfice du TBI à tous les prestataires de services ressortissants des 159 autres Etats membres de l'OMC. La Défenderesse rappelle qu'en droit international, les Etats disposent de la capacité de conclure des traités et cette capacité a pour corolaire la capacité de refuser de conclure un accord. Il ne saurait être reproché au Sénégal de ne jamais avoir conclu un TBI avec le Luxembourg et, par l'artifice de la clause NPF contenue dans l'AGCS, contraindre le Sénégal à faire bénéficier les ressortissants du Luxembourg de dispositions spéciales, sans son consentement⁵³.
90. La Défenderesse ajoute qu'en droit international, une juridiction ne saurait être compétente pour trancher un litige contre un Etat en l'absence de consentement de cet Etat. Ce consentement doit être ferme, extériorisé et non-équivoque. Les Demanderesses n'ont aucunement apporté la preuve d'un tel consentement⁵⁴. La Défenderesse invoque en ce sens la décision de la Cour Internationale de Justice dans *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, où elle a statué :

« quelle que soit la source de consentement, l'attitude de l'Etat défendeur doit « pouvoir être regardée comme une « manifestation non équivoque » de la volonté de cet Etat d'accepter de manière « volontaire, indiscutable » la compétence de la Cour [...] Pour que la Cour soit compétente sur la base d'un forum prorogatum, l'élément de consentement

⁵¹ Pièce RL-45.

⁵² Mémoire en Déclinatoire de Compétence, paras. 243-254.

⁵³ Mémoire en Déclinatoire de Compétence, paras. 255-279.

⁵⁴ Mémoire en Déclinatoire de Compétence, paras. 280-283 ; Mémoire en Réplique, paras. 315-330.

Sentence

doit être explicite ou pouvoir être clairement déduit de la conduite pertinente de l'Etat »⁵⁵.
[références internes omises]

91. La Défenderesse invoque aussi les décisions des tribunaux arbitraux d'investissement, et notamment *ICS Inspection c. Argentine*⁵⁶, *Wintershall c. Argentine*⁵⁷ et *Fireman's Fund c. Mexique*⁵⁸.

92. La Défenderesse soutient que le Sénégal n'a jamais entendu permettre l'extension du champ d'application de la clause NPF au règlement des différends entre investisseurs et Etats. L'interprétation proposée par les Demanderesses implique une dénaturation du consentement des Etats parties à l'AGCS, dans le but d'inclure un consentement inexistant à l'arbitrage CIRDI, qui ne saurait être donné par référence. La Défenderesse se réfère ainsi à la décision *Plama c. Bulgarie*⁵⁹.

« It is one thing to add to the treatment provided in one treaty more favorable treatment provided elsewhere. It is quite another thing to replace a procedure specifically negotiated by parties with an entirely different mechanism. [...] [A]n MFN provision in a basic treaty does not incorporate by reference dispute settlement provisions in whole or in part set forth in another treaty, unless the MFN provision in the basic treaty leaves no doubt that the Contracting Parties intended to incorporate them »⁶⁰.

93. Le Sénégal fait valoir que la clause NPF ne peut jamais être utilisée pour créer un consentement qui n'existe pas. Dans toutes les décisions où une clause NPF a été utilisée en connexion avec le règlement des différends, elle a importé les conditions procédurales plus favorables contenues dans le cadre d'un autre TBI. La clause NPF ne portait donc que sur les modalités de l'arbitrage, le consentement de l'Etat défendeur à l'arbitrage CIRDI étant exprès⁶¹.

94. Selon la Défenderesse, MMEA tente, en invoquant la clause NPF de l'AGCS, d'ajouter *de facto* et *de jure* des dispositions à ce traité qui n'ont jamais été prévues par les Etats membres

⁵⁵ CII, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. France), décision du 4 juin 2008, Rec. 2008, p. 177, para. 62 (Pièce RL-50).

⁵⁶ *ICS Inspection et Control Services Limited (Royaume-Uni) c. République argentine* (CNUDCI), Sentence sur la compétence, 10 février 2012, para. 280 (Pièce RL-51) (ci-après « *ICS Inspection c. Argentine* »).

⁵⁷ *Wintershall Aktiengesellschaft c. République argentine* (Affaire CIRDI ARB/04/14), Sentence finale, 8 décembre 2008, para. 160.3 (Pièce RL-52) (ci-après « *Wintershall c. Argentine* »).

⁵⁸ *Fireman's Fund Insurance Company c. Etats-Unis mexicains* (Affaire CIRDI ARB(AF)/02/01), Décision sur la compétence, 17 juillet 2003, para. 64 (Pièce RL-53) (ci-après « *Fireman's Fund c. Mexique* »).

⁵⁹ Mémoire en Déclinatoire de Compétence, paras. 287-294 ; Mémoire en Réplique, paras. 331-337.

⁶⁰ *Plama Consortium Limited c. République de Bulgarie* (Affaire CIRDI ARB/03/24), Décision sur la compétence, 8 février 2005, paras. 209, 223 (Pièce RL-59) (ci-après « *Plama c. Bulgarie* »).

⁶¹ Mémoire en Réplique, paras. 340-342.

de l'OMC. En l'absence d'offre d'arbitrage consentie par le Sénégal en faveur de MMEA dans le cadre d'un traité d'investissement signé avec le Luxembourg, le Tribunal arbitral ne pourra que décliner sa compétence⁶².

2. *AHSI*

95. En premier lieu, la Défenderesse fait valoir qu'AHSI ne saurait se prévaloir des dispositions de l'article 12 du Code des Investissements puisque AHSI n'est pas une entreprise au sens de l'article 2 du Code. Ce texte limite son champ d'application « *à toutes les entreprises qui exercent leurs activités dans l'un des secteurs suivants [...] services exercés dans les sous-secteurs suivants : [...] 5° transports aérien et maritime* ». Selon la Défenderesse, AHSI est une société de détention de participations qui n'exerce pas son activité dans les domaines prévus par le Code – seule AHS SA le fait. De plus, AHSI ne remplit ni les conditions pour être qualifiée d'entreprise au sens de l'article 1 du Code, ni les conditions pour être considérée comme investisseur étranger. En effet, l'article premier du Code définit l'entreprise en tant que « *toute unité de production, de transformation et /ou de distribution de biens ou de services, à but lucratif, quelle qu'en soit la forme juridique, qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale étrangère* ». La Défenderesse soutient qu'AHSI ne produit, ne transforme et ne distribue pas de biens ou de services⁶³.
96. La Défenderesse considère aussi qu'AHSI ne satisfait pas aux conditions requises par le Code des Investissements pour être un investisseur. L'article premier définit l'investisseur comme « *toute personne, physique ou morale, de nationalité sénégalaise ou non, réalisant dans les conditions définies dans le cadre du présent Code, des opérations d'investissement sur le territoire du Sénégal* ». La Défenderesse allègue qu'AHSI n'a jamais réalisé une opération d'investissement au sens du Code, puisqu'elle n'a jamais employé de capitaux pour : (i) acquérir des biens mobiliers ou immobiliers (AHS SA procédait à l'acquisition de son propre matériel) ; (ii) financer les frais de premier établissement d'AHS SA (ces frais ont été pris en charge par les frères Aboukhalil, selon les Demanderesses) ; (iii) financer le fonds de roulement d'AHS SA pour les dépenses courantes⁶⁴.
97. De surcroît, selon le Sénégal, l'article 12 du Code des Investissements ne constitue pas une offre d'arbitrage dont AHSI pourrait se prévaloir. La Défenderesse soutient que cette disposition légale, faisant partie intégrante de la législation sénégalaise, doit tout d'abord

⁶² Mémoire en Déclinatoire de Compétence, paras. 295-296.

⁶³ Mémoire en Déclinatoire de Compétence, paras. 302-307 ; Mémoire en Réplique, paras. 427-433.

⁶⁴ Mémoire en Déclinatoire de Compétence, paras. 308-315 ; Mémoire en Réplique, paras. 434-436.

être interprétée sur la base des principes d'interprétation des lois sénégalaises et seulement d'une manière subsidiaire, sur la base des principes du droit international⁶⁵.

98. Selon l'interprétation de la Défenderesse, l'article 12 prévoit dans le premier paragraphe une compétence générale et exclusive en faveur des juridictions sénégalaises, alors que le second paragraphe énonce que la faculté de recourir à une procédure d'arbitrage reste ouverte si celle-ci découle soit d'un accord entre les parties, soit d'un TBI conclu entre l'Etat du Sénégal et l'Etat dont l'investisseur est ressortissant. Le second paragraphe ne saurait être qualifié d'offre puisqu'il ne satisfait pas aux conditions respectives prévues par le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal. Ainsi, il n'a pas un caractère clair, il ne contient pas une proposition ferme et suffisamment précise et ne renferme pas la volonté de l'Etat de Sénégal d'être lié en cas d'acceptation. Selon la Défenderesse, pour être qualifié d'offre d'arbitrage, le deuxième paragraphe de l'article 12 doit non seulement contenir et extérioriser le consentement de l'Etat à l'arbitrage, mais aussi les modalités de cet arbitrage et la désignation éventuelle du centre d'arbitrage compétent. La Défenderesse interprète le deuxième paragraphe de l'article 12 du Code des Investissements comme un rappel des engagements pris par l'Etat au niveau international, et non pas comme un consentement à l'arbitrage⁶⁶.
99. La Défenderesse soutient que cette interprétation est confirmée par le contexte dans lequel se situe l'article 12. Ainsi, ce texte s'inscrit dans la ligne des articles 3 et 11 du Code des Investissements, qui rappellent les obligations préexistantes de l'Etat. L'article 3 prévoit que « *les dispositions du présent Code ne font pas obstacle aux avantages et garanties plus étendues qui seraient prévus par les traités ou accords conclus ou pouvant être conclus entre la République du Sénégal et d'autres Etats* », alors que l'article 11 rappelle que « *les personnes physiques ou morales étrangères reçoivent le même traitement sous réserve des dispositions des traités et accords conclus par la République du Sénégal avec d'autres Etats* ». En outre, les objectifs de la loi, ainsi que spécifiés dans la plaquette de l'Agence de Promotion des Investissements⁶⁷ et dans le rapport de la Commission de l'Economie Générale, des Finances, du Plan et de la Coopération Economique sur le projet de loi n° 50/2003⁶⁸ (le Code des investissements), confirment l'absence de consentement à l'arbitrage. Le seul fait que le Sénégal a ratifié la Convention CIRDI ne saurait entraîner une conclusion différente⁶⁹.

⁶⁵ Mémoire en Réplique, paras. 352-360.

⁶⁶ Mémoire en Déclinatoire de Compétence, paras. 316-340 ; Mémoire en Réplique, paras. 361-374.

⁶⁷ Pièce RL-122.

⁶⁸ Pièce RL-123.

⁶⁹ Mémoire en Réplique, paras. 375-392.

100. La Défenderesse soutient que la même conclusion s'impose si on applique les principes d'interprétation fondés sur le droit international. Dans ce contexte, elle rappelle que le Tribunal arbitral ne pourra pas se fonder sur la Convention de Vienne, mais va devoir appliquer les principes établis par la Cour Internationale de Justice dans l'affaire *Compétence en matière de pêcheries*⁷⁰ concernant les déclarations faites en vertu de l'article 36 de son Statut. La Défenderesse ajoute que le principe de l'effet utile est inapplicable en l'espèce puisqu'il concerne uniquement l'interprétation des traités. En tout état de cause, ce principe n'implique pas une interprétation « *extensive* » de l'article 12, mais seulement une interprétation qui ne vide pas ce texte de son sens. Or, l'interprétation proposée par les Demanderesses est extensive et n'est pas corroborée par le texte de l'article 12, par le contexte de cette disposition ou par le contexte dans lequel ce texte a été édicté⁷¹. La Défenderesse allègue aussi qu'AHSI opère une distinction artificielle entre offre et modalités d'arbitrage. Le consentement d'un Etat de soumettre un litige à l'arbitrage CIRDI ne peut faire l'objet d'aucune scission. Seules l'offre d'arbitrage et son acceptation peuvent être dissociées dans le temps⁷².
101. Finalement, la Défenderesse considère que l'interprétation proposée par les Demanderesses tente de détourner la volonté des Etats parties au TBI Sénégal - Royaume-Uni. AHSI ne peut, à la fois, être et ne pas être considérée comme une ressortissante du Royaume-Uni. Les Etats contractants du TBI Sénégal - Royaume-Uni n'ont pas envisagé d'étendre le bénéfice du traité aux ressortissants de ce dernier situés aux Îles Vierges Britanniques, ainsi qu'il résulte clairement des dispositions de l'article 1(e)(i) du TBI : « *territory means (i) in respect of the United Kingdom : Great-Britain and Northern Ireland and any territory to which this Agreement is extended in accordance with the provisions of Article 11* ». Le Royaume-Uni a ainsi expressément indiqué au Sénégal qu'elle entendait étendre le TBI à ses ressortissants des Îles Jersey et Guernesey, mais n'a jamais indiqué vouloir étendre le traité aux ressortissants des Îles Vierges Britanniques. En interprétant cette volonté de bonne foi, le Tribunal arbitral doit constater que l'exercice proposé par AHSI va manifestement à l'encontre de la volonté non équivoque des Etats parties au TBI Royaume-Uni - Sénégal⁷³.

B. La position des Demanderesses

⁷⁰ CIJ, *Affaire de la compétence en matière de pêcheries* (Espagne c. Canada), Arrêt sur la compétence, 4 décembre 1998, C.I.J. Recueil 1998, p. 453-454 (Pièce RL-125).

⁷¹ Mémoire en Réplique, paras. 393-426.

⁷² Mémoire en Déclinatoire de Compétence, paras. 341-345.

⁷³ Mémoire en Déclinatoire de Compétence, paras. 346-357 ; Mémoire en Réplique, paras. 437-444.

1. MMEA

102. Selon les Demanderesses, MMEA est en droit de se prévaloir de la clause NPF de l'AGCS pour prétendre avoir accès à l'arbitrage international, sur base de l'article 10 du TBI Sénégal - Pays-Bas ou de l'article 8 du TBI Sénégal - Royaume-Uni.
103. Les Demanderesses ajoutent que le Tribunal arbitral, dans son analyse, se bornera à interpréter un des accords de l'OMC et à observer que ce traité fait naître un droit individuel d'action au bénéfice d'un fournisseur de services déterminé. Or, l'interprétation de droit de l'OMC n'est pas le privilège exclusif de l'ORD. Par conséquent, le monopole juridictionnel de l'ORD ne leur est pas opposable :
- (i) Matériellement : MMEA ne cherche pas à obtenir la réparation d'une violation du droit de l'OMC, mais de savoir si la clause NPF témoigne du consentement du Sénégal à l'arbitrage. Donc, elle demande au Tribunal arbitral de constater les effets de cette clause ;
 - (ii) Personnellement : le monopole n'est opposable qu'aux seuls Etats Membres de l'OMC et non aux particuliers tel que MMEA ; et
 - (iii) Fonctionnellement : la fonction de juger de l'ORD n'empiète pas sur la fonction de juger du Tribunal arbitral, qui est un organe juridictionnel de droit international indépendant de l'existence de toute autre juridiction⁷⁴.
104. MMEA soutient que toutes les conditions pour l'application de la clause NPF de l'AGCS sont remplies en l'espèce. Ainsi, MMEA est un fournisseur de « services »⁷⁵ au sens de l'AGCS (i) au regard des activités qu'elle exerce depuis le territoire luxembourgeois ; (ii) par le biais de ses « présences commerciales »⁷⁶ dans d'autres Etats Membres de l'OMC ; et (iii) par le biais d'AHS SA, prestataire de services sur le sol sénégalais, qui constitue son investissement⁷⁷.
105. Les Demanderesses soutiennent en premier lieu que sur la base de l'AGCS, MMEA est un fournisseur de services d'origine luxembourgeoise : MMEA est une « personne morale d'un

⁷⁴ Mémoire en Duplique, paras. 213-227.

⁷⁵ L'article I:3 b) de l'AGCS indique que « les 'services' comprennent tous les services de tous les secteurs à l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental. »

⁷⁶ L'article XXVIII d) de l'AGCS dispose comme suit: « l'expression 'présence commerciale' s'entend de tout type d'établissement commercial ou professionnel, y compris sous la forme
i) de la constitution, de l'acquisition ou du maintien d'une personne morale, ou
ii) de la création ou du maintien d'une succursale ou d'un bureau de représentation, sur le territoire d'un Membre en vue de la fourniture d'un service. »

⁷⁷ Mémoire en Duplique, para. 249.

autre Membre »⁷⁸ qui « *effectue d'importantes opérations commerciales sur le territoire de ce Membre ou de tout autre Membre* ». Selon les Demanderesses, pour autant qu'une société apporte la preuve d'une activité économique substantielle dans un pays de l'OMC, son rattachement sur la base de son lieu de constitution sera effectif. Le contrôle qui s'exerce sur cette société est indifférent au sens du droit de l'OMC. De la même façon, rien dans le texte de l'AGCS ne permet de conclure que la qualité de fournisseur de services de la société mère devrait être établie préalablement à l'établissement de la présence commerciale, ainsi que le soutient la Défenderesse. En tout état de cause, selon le droit du contentieux international, la compétence d'une juridiction doit s'apprécier au moment du dépôt de l'acte introductif d'instance et, par ailleurs, la qualité fondant l'existence des droits revendiqués doit exister au moment de la violation prétendue de ces droits. Or, à toutes les dates pertinentes, la qualité de prestataire de services de MMEA était établie. En effet, en 2013, au moment de la mise sous administration provisoire d'AHS SA, tout comme le 17 avril 2015, au moment où MMEA a saisi le Tribunal Arbitral, MMEA avait la qualité de prestataire de services au sens de l'AGCS⁷⁹.

106. Les Demanderesses soutiennent aussi que MMEA est un fournisseur de services au regard des activités qu'elle exerce sur, et depuis, le territoire luxembourgeois. Ainsi, MMEA a été constituée conformément au droit luxembourgeois en tant que société anonyme. Cette forme sociale lui permet d'exercer des activités économiques distinctes de la simple prise de participations dans des sociétés du groupe AHS. D'après les Demanderesses, l'existence de transactions « *réelles* » n'est pas une condition préalable à l'application de l'AGCS, le traité permettant que l'activité exercée par le prestataire ne puisse être que potentielle⁸⁰.
107. Plus précisément, les Demanderesses allèguent que MMEA a presté des services au bénéfice des entités de son groupe, et notamment : des services au regard de l'activité de valorisation de la marque « *Menzies Aviation Partner* » ; des études de marché ; des audits ; la préparation et soumission de réponses à des demandes de manifestation d'intérêt et à des appels d'offres en matière d'assistance en escale ; la gestion de filiales locales ; l'assistance technique ; l'assurance des filiales ; et des prestations de communication d'informations relatives aux vols, passagers et bagages. Selon elles, les filiales locales de MMEA, après

⁷⁸ L'article XXVIII m i) de l'AGCS prévoit que : « *l'expression 'personne morale d'un autre Membre' s'entend d'une personne morale : i) qui est constituée ou autrement organisée conformément à la législation de cet autre Membre et qui effectue d'importantes opérations commerciales sur le territoire de ce Membre ou de tout autre Membre.* »

⁷⁹ Mémoire en Duplique, paras. 228-249.

⁸⁰ Mémoire en Réponse, paras. 351-365. Les Demanderesses font référence aux rapports du Groupe spécial du 22 mai 1997, Doc. WT/DS27/R/ECU dans *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes* (Pièce CL-40), et du Groupe spécial du 30 septembre 2015, Doc. WT/DS453/R dans *Argentine – Mesures concernant le commerce de marchandises et de services* (Pièce CL-70).

Sentence

avoir bénéficié d'une prestation de services fournie par MMEA, se voyaient facturer cette prestation par le canal, jusqu'en 2006, de la société MAC, alors totalement détenue par Menzies Afrique SA et puis, de 2006 à ce jour, par la société MAE. Ces dernières étaient chargées de la facturation de prestations de services au nom et pour le compte de MMEA, pour ensuite lui en renverser le montant directement⁸¹.

108. Les Demanderesses ajoutent que MMEA est un fournisseur de services par le biais de ses « *présences commerciales* » dans d'autres Etats membres de l'OMC. Toutes ces présences commerciales sont des prestataires de services dans le secteur d'assistance en escale⁸².

109. Ainsi, AHS SA est une société sénégalaise détenue par MMEA à hauteur de 99,98%. Elle fournit des prestations de services relevant du secteur n° 11 (« Services de transport ») :

- (i) services de manutention des marchandises ;
- (ii) services d'entreposage et de magasinage ;
- (iii) services des agences de transport de marchandises ;
- (iv) autres services annexes et auxiliaires de tous les modes de transport⁸³.

110. Les Demanderesses soulignent aussi que MMEA détient plusieurs présences commerciales par lesquelles elle accomplit une série de prestations de services sur le territoire de plusieurs autres membres de l'OMC, comme la Jordanie (MMEA détient 75% d'AHS Jordan), le Ghana (MMEA détient 79% d'AHS Ghana), le Bénin (MMEA détient 74.99% d'AHS Bénin) et la République centrafricaine (MMEA détient 89% d'AHS RCA). Ces filiales assurent la prestation de plusieurs types de services :

⁸¹ Mémoire en Réponse, paras. 366-374 ; Mémoire en Duplique, paras. 250-255.

⁸² Les Demanderesses admettent que le secteur d'assistance en escale est régi en partie par l'Annexe sur les services de transport aérien, qui exclut expressément les services liés aux droits de trafic et ceux directement liés à l'exercice des droits de trafic. Néanmoins, l'Annexe prévoit la couverture expresse par l'AGCS des services « de réparation et de maintenance des aéronefs », de « vente de commercialisation des services de transport aérien » et « de systèmes informatisés de réservation ». Les Demanderesses notent que le Sénégal a renoncé à se prévaloir d'une éventuelle exclusion des services d'assistance du champ de l'AGCS en vertu de l'Annexe sur les transports aériens. Elles estiment que cette décision peut être expliquée par la position adoptée par le Sénégal au sein de l'OMC. Les Demanderesses considèrent que tous les services fournis par les présences commerciales de MMEA sont incluses dans le champ d'application de l'AGCS (Mémoire en Duplique, paras. 264-341).

⁸³ Mémoire en Réponse, paras. 323-341. Dans leur Mémoire en Réponse, les Demanderesses se réfèrent aussi à AHS Voyages dans le cadre de leur analyse concernant MMEA. Elles y ont affirmé que AHS Voyages a constitué un démembrement d'AHS SA jusqu'en 2011. Le 5 décembre 2011, elle a été créée en tant que société à responsabilité limitée unipersonnelle de droit sénégalais, entièrement détenue par AHSI. Le contrôle effectif de la nouvelle société est resté entièrement assuré par MMEA à travers la direction générale d'AHS SA. AHS Voyages fournit des prestations d'« agence de voyage » : des prestations relatives à la vente de billets, le conseil en voyage et tous les services nécessaire au transport du client. Selon les Demanderesses, ces prestations sont couvertes par l'AGCS (Mémoire en Réponse, paras. 342-350). Dans leur Mémoire en Duplique, les Demanderesses ont seulement inclus AHS Voyages dans le cadre de leur analyse concernant AHSI.

Sentence

- (i) services de manutention des marchandises ;
- (ii) services d'entreposage et de magasinage ;
- (iii) services des agences de transport de marchandises ;
- (iv) services de nettoyage ;
- (v) services de transport routier de voyageurs ;
- (vi) services fournis aux entreprises etc.⁸⁴

111. Les Demanderesses ajoutent à titre subsidiaire que, dans la mesure où le Tribunal arbitral estimerait que MMEA est une pure structure de détention qui n'aurait pour présence commerciale qu'AHS SA, MMEA pourrait néanmoins se prévaloir de la qualité de prestataire de services. AHS SA est un prestataire de services tant au regard de l'activité d'assistance en escale entendue dans son ensemble qu'au regard des services annexes attachés aux services du handling. Les prestations de services rendues par AHS SA suffisent à elles seules à octroyer à MMEA la qualité de prestataire de services⁸⁵.

112. Selon les Demanderesses, MMEA est titulaire de droits en vertu de l'article II de l'AGCS. D'après elles, il faut opérer une distinction entre, d'une part, l'effet direct d'un traité international – qui concerne la possibilité pour les particuliers de s'en prévaloir devant les juridictions internes – et, d'autre part, l'immédiateté du traité – problématique qui concerne la question de savoir si les particuliers peuvent tirer du traité un droit pouvant être invoqué dans l'ordre international. Se fondant sur l'affaire *LaGrand*⁸⁶, les Demanderesses soutiennent que pour apprécier si l'AGCS est source de droits individuels, il faut examiner le libellé des dispositions pertinentes du traité. En ce sens, MMEA fait référence aux dispositions des articles VI:2.a)⁸⁷, V: 6⁸⁸, XXV⁸⁹ et II:1⁹⁰ de l'AGCS, qui, de son point de vue, établissent que le fournisseur de services est un destinataire de droits. Les

⁸⁴ Mémoire en Réponse, paras. 375-396.

⁸⁵ Mémoire en Duplique, paras. 342-347.

⁸⁶ *Affaire LaGrand* (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), Arrêt du 27 juin 2011, C.I.J. Recueil 2001, p. 466 (Pièce CL-75).

⁸⁷ L'article VI:2.a) de l'AGCS prévoit que : « [c]haque Membre maintiendra, ou instituera aussitôt que possible, des tribunaux ou des procédures judiciaires, arbitraux ou administratifs qui permettront, **à la demande d'un fournisseur de services affecté**, de réviser dans les moindres délais les décisions administratives affectant le commerce des services et, dans les cas où cela sera justifié, de prendre des mesures correctives appropriées. »

⁸⁸ L'article V: 6 de l'AGCS prévoit que : « [u]n **fournisseur de services** de tout autre Membre qui est une personne morale constituée conformément à la législation d'une partie à un accord visé au paragraphe 1 **aura droit** au traitement accordé en vertu dudit accord, à condition qu'il effectue des opérations commerciales substantielles sur le territoire des parties audit accord. »

⁸⁹ L'article XXV de l'AGCS prévoit que : « [l]es **fournisseurs de services** des Membres qui ont besoin d'une telle assistance **auront accès** aux services des points de contact. »

⁹⁰ L'article II:1 de l'AGCS prévoit que : « [...] chaque Membre **accordera** immédiatement et sans condition **aux services et fournisseurs de services**... »

Demanderesses ajoutent que la clause NPF de l'AGCS diffère d'une manière substantielle de la clause NPF du GATT : alors que la portée de cette dernière est limitée aux marchandises, la portée de la première comprend aussi les fournisseurs de services. Sur cette base, les Demanderesses considèrent que les arguments du Sénégal relatifs au manque d'effet direct du GATT est sans pertinence. Ce qui importe ici n'est pas la transposition de l'AGCS dans l'ordre interne des Etats ou de l'Union Européenne, mais la création de droits dans l'ordre international. En tout état de cause, l'effet direct n'a jamais été écarté dans une affaire intéressant l'AGCS et plusieurs Etats membres de l'Union Européenne, dont l'Italie et la France, ont reconnu l'applicabilité directe de l'AGCS et de sa clause NPF⁹¹.

113. Les Demanderesses ajoutent que, si le Tribunal arbitral venait à considérer que la clause NPF ne fait pas naître des droits individuels au profit de MMEA, il devrait alors lui reconnaître le bénéfice d'un effet médiat par le seul fait que le Luxembourg est devenu titulaire du régime juridique plus avantageux issu d'un traité bénéficiant à ses ressortissants investisseurs au Sénégal. Dans cette perspective, l'intérêt juridiquement protégé de MMEA découlerait des avantages dont l'Etat de sa nationalité retire le bénéfice par le biais de la clause NPF⁹².
114. Sur base de cette interprétation des effets de l'AGCS, les Demanderesses soumettent que l'article II :1 de l'AGCS garantit à MMEA le bénéfice de l'offre d'arbitrage contenue dans les TBIs conclus par le Sénégal avec les Pays-Bas et le Royaume-Uni.
115. Les Demanderesses font valoir en effet que les offres d'arbitrage contenues dans les TBIs sont incluses dans le champ d'application de la clause NPF. Le principe *ejusdem generis* exige d'observer non pas l'objet du traité, ainsi que le soutient la Défenderesse, mais plutôt la matière objet de la clause NPF figurant dans l'AGCS, pour déterminer si elle recouvre les droits dont MMEA prétend avoir le bénéfice. Or, la clause NPF de l'AGCS s'applique à « toutes les mesures couvertes par le présent accord », ce qui renvoie à l'article premier de l'AGCS stipulant que « [l]e présent accord s'applique aux mesures des Membres qui affectent le commerce des services ». Si une offre d'arbitrage constitue une mesure de nature à affecter le commerce des services, elle relève de la matière de la clause NPF⁹³.

⁹¹ Mémoire en Réponse, paras. 397-428. Les Demanderesses se réfèrent à l'Arrêt *SAMIL c. Ministero Finanze*, 20 octobre 1975, No. 3407, Cass. Chambres réunies (Pièce CL-88) et à l'Arrêt Cass. Civ. 1, 22 novembre 2007, n° 05-19128 (Pièce CL-60) ; Mémoire en Duplique, paras. 349-366.

⁹² Mémoire en Réponse, paras. 429-431.

⁹³ Mémoire en Duplique, paras. 377-380.

116. Selon les Demanderesses, les offres d'arbitrage incluses dans les TBIs sont des « *mesures* » au sens très large qu'a cette notion dans l'AGCS⁹⁴. Les Etats membres de l'AGCS ont compris dès la négociation de la clause NPF qu'elle pouvait être invoquée pour bénéficier des avantages liés aux offres d'arbitrage. Plus précisément, lors des négociations de l'Uruguay Round, le Secrétariat avait soulevé la question de savoir si les procédures prévues dans les accords bilatéraux pour la protection des investissements pouvaient porter atteinte au principe de non-discrimination de l'AGCS dans la mesure où ces procédures permettraient de disposer d'une autre instance pour faire valoir un droit au regard de l'AGCS. Plusieurs délégations n'étaient pas prêtes à se rallier à une décision d'exclusion de ces mesures du champ d'application de l'AGCS, ce qui a poussé le Président du Groupe de négociations à affirmer qu'il appartenait à chaque Etat membre de décider si les offres d'arbitrage devaient être inscrites sur la liste d'exemptions ou faire l'objet de la clause NPF. Plusieurs membres, comme le Canada, le Chili et la Pologne, ont inscrit les offres d'arbitrage contenues dans les TBIs sur la liste d'exemptions au titre de l'article II (la clause NPF). Ces listes d'exemptions ont été communiquées aux membres du Groupe de négociations sur les services, en ce compris le Sénégal, et sont devenues partie intégrante du traité. En dépit du fait qu'il était conscient de l'étendue de la clause NPF de l'AGCS, le Sénégal n'a pas entendu inclure sur sa liste d'exemptions les offres d'arbitrage contenues dans les TBIs qu'il avait déjà conclu avec d'autres Etats. Le Sénégal était bien conscient de la spécificité de la clause NPF dans le cadre de l'AGCS, et de la faculté pour les Etats d'en préciser la teneur par le mécanisme des listes d'exemptions, avec la conséquence que les membres sont tenus par la portée de la clause NPF dans toutes ses dimensions sauf celles qu'ils ont expressément exclues⁹⁵.
117. Les Demanderesses notent par ailleurs que les offres d'arbitrages contenues dans les TBIs Sénégal - Royaume-Uni et Sénégal-Pays-Bas sont « *des mesures qui affectent le commerce des services* », au sens de l'article I :1 de l'AGCS. Plus précisément, les Demanderesses se réfèrent au rapport du Groupe spécial *Argentine – Mesures concernant le commerce de marchandises et de services*⁹⁶ afin de conclure que l'AGCS inclut dans son champ d'application les mesures intéressant les investissements puisqu'elles peuvent avoir des effets sur le commerce des services. Tel est le cas lorsque le commerce des services est exercé selon le mode 3 de l'AGCS : « *de la constitution, de l'acquisition ou du maintien*

⁹⁴ L'article XXVIII a) de l'AGCS dispose comme suit : « *le terme 'mesure' s'entend de toute mesure prise par un Membre, que ce soit sous forme de loi, de réglementation, de règle, de procédure, de décision, de décision administrative, ou sous toute autre forme.* »

⁹⁵ Mémoire en Réponse, paras. 432-448, 488-490 ; Mémoire en Duplique, para. 388.

⁹⁶ Groupe spécial du 30 septembre 2015, Doc. WT/DS453/R dans *Argentine – Mesures concernant le commerce de marchandises et de services* (Pièce CL-70).

Sentence

d'une personne morale » (article XXVIII : d i. de l'AGCS). Dans ce dernier cas, qui correspond au différend dont est saisi le Tribunal arbitral, on se situe dans une zone de chevauchement entre l'AGCS et les TBIs. Les Demanderesses soutiennent que, si les offres d'arbitrage contenues dans les TBIs sont de nature à produire des effets sur la décision d'investir, ce qui a été amplement démontré dans la jurisprudence arbitrale, alors, quand l'investissement se fait par l'implantation d'une « *présence commerciale* » au moyen « *de la constitution, de l'acquisition ou du maintien d'une personne morale* », les offres d'arbitrage sont des mesures capables d'affecter le commerce de services au sens de l'AGCS. En effet, le refus d'extension de l'offre d'arbitrage affecterait effectivement les conditions de concurrence dans le commerce de services, en rendant plus onéreuse l'installation d'une présence commerciale et sa protection. La Défenderesse ne saurait contester cette conclusion en faisant valoir que la clause NPF ne s'appliquerait pas au traitement juridictionnel. Les Demanderesses considèrent que ce raisonnement a été écarté par la décision *Ambatielos*⁹⁷ et, dans le contexte spécifique du GATT, par le rapport du Groupe spécial dans l'affaire *Etats-Unis – Article 337 de la loi douanière de 1930*⁹⁸.

118. Les Demanderesses font valoir que les offres d'arbitrage contenues dans les TBIs Sénégal-Royaume - Uni et Sénégal-Pays-Bas représentent des « *mesures* » prises par le Sénégal. Elles ne contestent pas la nécessité d'être en présence d'un comportement positif de l'Etat pour que la clause NPF puisse être mise en œuvre. Dans notre cas, le comportement positif du Sénégal est représenté par le fait d'avoir émis des offres d'arbitrage à l'attention d'autres investisseurs étrangers, en l'espèce aux investisseurs provenant du Royaume-Uni et des Pays-Bas. S'agissant de la forme de la mesure, il est indifférent que la mesure ait été ici prise sous forme d'un traité. L'article XXVIII a) de l'AGCS prévoit expressément que « *le terme 'mesure' s'entend de toute mesure prise par un Membre, que ce soit sous forme de loi ... ou sous toute autre forme* »⁹⁹.
119. Les Demanderesses font valoir que les offres d'arbitrage contenues dans les TBIs Sénégal - Royaume-Uni et Sénégal-Pays-Bas constituent un « *traitement* » plus favorable au sens de l'AGCS, au profit de fournisseurs de services similaires. Pour apprécier la similarité au sens de la clause NPF, il n'importe pas seulement d'identifier les concurrents effectifs de MMEA et de vérifier s'ils ne jouissent pas d'un avantage qui lui serait refusé. Il faut aussi s'assurer

⁹⁷ Affaire *Ambatielos* (Grèce c. Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord), Sentence, 6 mars 1956, Recueil C.I.J. XII R.I.A.A. pp.83-153 (Pièce CL-113) (ci-après « *Ambatielos* »).

⁹⁸ *Etats-Unis – Article 337 de la loi douanière de 1930*, Rapport du Groupe spécial adopté le 7 novembre 1989, Doc. L/6439-36S/386, IBDD suppl. 36, pp. 386-451 (Pièce CL-38) ; Mémoire en Réponse, paras. 449-477 ; Mémoire en Duplique, para. 387, 401-423.

⁹⁹ Mémoire en Duplique, paras. 389-400.

Sentence

qu'aucun fournisseur de services susceptible d'intervenir dans le même secteur n'est susceptible d'avoir acquis un tel avantage sans pour autant l'avoir réclamé. Or, tout prestataire de services exerçant la même activité de fourniture de services que MMEA au Sénégal, mais qui serait originaire du Royaume-Uni ou des Pays-Bas, dispose déjà d'une offre d'arbitrage dans le TBI conclu avec l'un de ces Etats. La distinction de traitement établie par les mesures sénégalaises se fonde donc uniquement et exclusivement sur la nationalité du fournisseur de services. Or, la nationalité est le facteur que le Sénégal s'est engagé à ne pas prendre en considération lorsqu'il a souscrit à l'AGCS¹⁰⁰.

120. Compte tenu du fait que le Sénégal n'a pas entendu inclure les offres d'arbitrage contenues dans les TBIs sur sa liste d'exemptions, les Demanderesses soutiennent que ce choix:

« traduit une volonté avérée et absolument non hypothétique d'étendre aux fournisseurs de services des autres Membres de l'OMC les avantages issus des TBI qu'elle a conclus. L'extension s'opère par l'effet de la clause au bénéfice direct des fournisseurs. Un refus d'extension par les autorités sénégalaises serait assurément une violation susceptible d'être sanctionnée par un recours dans le cadre de l'OMC. Mais il n'est pas demandé ici de sanctionner l'Etat sénégalais mais seulement de tirer les conséquences de ses engagements en reconnaissant à la société MMEA le bénéfice des offres d'arbitrage faites par le Sénégal dans le traité conclu avec le Royaume-Uni et dans celui conclu avec les Pays-Bas »¹⁰¹.

121. D'après les Demanderesses, il résulte de ce qui précède que l'article 8 du TBI Sénégal - Royaume-Uni et l'article 10 du TBI Sénégal - Pays Bas constituent des offres d'arbitrage, la manifestation du consentement écrit du Sénégal dont MMEA peut se prévaloir¹⁰².

2. *AHSI*

122. Les Demanderesses allèguent tout d'abord que le Code des Investissements est applicable à l'investissement d'AHSI.
123. *Ratione loci*, le Code s'applique aux investissements en territoire sénégalais. Selon les Demanderesses, la prise de participation, en novembre 2003, dans le capital d'AHS SA – ayant son siège sur le territoire du Sénégal – constitue un investissement au Sénégal. *Ratione temporis*, le Code ne prévoit aucune limite en ce qui concerne son application. AHSI a acquis, le 21 juin 2005, de M. Paul Sarr, une partie des parts d'AHS SA, et puis a fondé AHS

¹⁰⁰ Mémoire en Réponse, paras.478-487 ; Mémoire en Duplique, paras. 424-428.

¹⁰¹ Mémoire en Réponse, para. 492.

¹⁰² Mémoire en Duplique, paras. 367-376.

Voyages le 24 novembre 2011. AHSI a procédé aussi à plusieurs dépôts de dénominations sociales et de logos en 2012. L'investissement a donc été réalisé après l'entrée en vigueur du Code. *Ratione personae*, le Code s'applique aux investissements réalisés au Sénégal par des personnes physiques ou morales, quelle que soit leur nationalité. Au vu du fait que le Code ne prévoit aucun critère de rattachement personnel pour les investisseurs de nationalité étrangère, le Code renvoie au droit interne de l'Etat dont la nationalité est invoquée. AHSI est donc une ressortissante britannique. Les Demanderesses soulignent que le Code s'applique *ratione materiae* à la prise de participation au sein d'une société, puisque cette opération constitue l'emploi de capitaux pour l'acquisition de biens mobiliers et immatériels. Ainsi, AHSI a acquis des actions d'AHS SA, l'ensemble des parts sociales d'AHS Voyages dès sa création en 2011, et des droits de propriété intellectuelle. De plus, l'emploi de biens d'AHSI a permis de couvrir les frais de premier établissement d'AHS Voyages. Ces biens ont été aussi utilisés pour financer les besoins en fonds de roulement d'AHS SA et ont permis son extension. De plus, les marques, noms commerciaux et les logos déposés auprès des organismes compétents par AHSI sont des éléments indispensables pour maintenir le cycle d'exploitation d'AHS SA¹⁰³.

124. Selon les Demanderesses, AHSI peut se prévaloir de l'article 12 du Code des Investissements, qui, de leur point de vue, contient une offre d'arbitrage autonome, un engagement juridictionnel unilatéral. Cette offre d'arbitrage serait indépendante de celle contenue dans le TBI Sénégal - Royaume-Uni, mais elle se réfère néanmoins à ce traité uniquement pour désigner les modalités de l'arbitrage auquel le Sénégal a par ailleurs consenti. Selon les Demanderesses, le Code des Investissements fait sien le mécanisme d'arbitrage prévu dans le TBI Sénégal - Royaume-Uni pour régler les différends nés de l'application du Code, mais il n'applique pas les définitions du traité relatives soit à l'investissement, soit à l'investisseur¹⁰⁴.
125. Les Demanderesses soumettent ainsi qu'une interprétation littérale de l'article 12 démontre que cette disposition contient déjà le consentement du Sénégal à l'arbitrage. Le texte utilise l'indicatif présent (« *sont réglés par les juridictions sénégalaises compétentes* », « *sont réglés conformément à la procédure de conciliation et d'arbitrage découlant...* »). Selon les Demanderesses, le texte est structuré comme une offre d'arbitrage ferme et doit être interprété non seulement à la lumière des règles d'interprétation de droit interne, mais aussi des règles d'interprétation du droit international. Les Demanderesses font ainsi référence à

¹⁰³ Mémoire en Duplique, paras. 525-566.

¹⁰⁴ Mémoire en Réponse, paras. 493-501, 536-538.

la décision des tribunaux arbitraux dans *Brandes c. Venezuela*¹⁰⁵ et *PNG Sustainable Development c. Papua Nouvelle Guinée*¹⁰⁶, où l'offre d'arbitrage contenue dans la législation nationale a été considérée comme hybride et a été interprétée en premier lieu à la lumière du droit interne, le dernier mot ayant été réservé au droit international. Les Demanderesses considèrent qu'il n'existe aucune base pour exiger, comme le fait la Défenderesse, que le consentement de l'Etat soit clair et sans ambiguïté. Les Demanderesses ajoutent que les citations fournies par le Sénégal à l'appui de son refus de l'application de l'effet utile sont peu convaincantes. Le principe de l'effet utile est coextensif de l'exigence de donner une interprétation raisonnable au texte interprété¹⁰⁷.

126. Les Demanderesses font valoir que l'interprétation proposée par le Sénégal serait de nature à créer une clause pathologique, en raison de l'absence de recoupement des clauses du Code des Investissements avec les clauses des TBIs conclus par le Sénégal. Compte tenu du fait que l'article 3 du Code réserve déjà les avantages et garanties plus étendus obtenus par les traités conclus ou pouvant être conclus entre le Sénégal et autres Etats, il n'était pas nécessaire de rappeler à nouveau à l'article 12 qu'un tel recours à l'arbitrage pouvait être prévu dans des accords extérieurs et ne serait pas affecté par le Code. De plus, les définitions d'investisseur dans le Code des Investissements et les TBIs sénégalais (par exemple, le TBI Sénégal - Argentine, le TBI Sénégal - Maroc et le TBI Sénégal - Inde qui contiennent des définitions plus restreintes) ne coïncident pas. Dans le cas où la notion d'investisseur est entendue plus strictement dans le TBI que dans le Code des Investissements, l'application conjointe de ces dispositions aurait pour effet de priver l'investisseur d'un recours effectif à l'arbitrage, ce qui est absurde. Egalement, les matières contentieuses du Code des Investissements et des TBIs sénégalais ne se confondent pas. Alors que l'article 12 du Code des Investissements s'applique aux différends « *relatifs à l'application du présent Code* », les TBIs Sénégal - Île Maurice ou Sénégal-Roumanie par exemple ne couvrent que les litiges portant sur le montant d'une indemnisation en cas d'expropriation. Dans ce cas, si la réclamation porte sur des obligations autres que celles consécutives à une expropriation, telles que les garanties données par le Code relativement à la liberté de transfert ou au traitement national, ce différend resterait sans possibilité de résolution par voie d'arbitrage¹⁰⁸.

¹⁰⁵ *Brandes Investment Partners, LP c. République bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI ARB/08/3), Sentence, 2 août 2011 (Pièce RL-118) (ci-après « *Brandes c. Venezuela* »).

¹⁰⁶ *PNG Sustainable Development Program Ltd. c. Etat Indépendant de Papua Nouvelle Guinée* (Affaire CIRDI ARB/13/33), Sentence, 5 mai 2015 (Pièce CL-254) (ci-après « *PNG Sustainable Development c. Papua Nouvelle Guinée* »).

¹⁰⁷ Mémoire en Réponse, paras. 525-532, 534, 535 ; Mémoire en Duplique, paras. 568-584.

¹⁰⁸ Mémoire en Réponse, paras. 502-522, 533 ; Mémoire en Duplique, paras. 593-599.

127. Pour éviter un tel résultat, le Tribunal arbitral devrait suivre l'approche d'autres tribunaux CIRDI, qui ont adopté une interprétation plutôt extensive des déclarations unilatérales en favorisant leur effet utile. Dans le présent cas, les Demanderesses considèrent que la seule interprétation donnant du sens à l'article 12 est celle consacrant une offre d'arbitrage¹⁰⁹.
128. Les Demanderesses ne nient pas qu'AHSI n'est pas une ressortissante du Royaume-Uni au sens strict du TBI Sénégal - Royaume-Uni, mais elles allèguent qu'AHSI est une ressortissante du Royaume-Uni au sens du droit international général. Ainsi, les Îles Vierges Britanniques sont un « *territoire britannique d'outre-mer* » qui dispose d'une autonomie uniquement dans des domaines d'ordre intérieur, mais qui reste sous l'autorité du Royaume-Uni au niveau international. Les Demanderesses se réfèrent ainsi à la décision de la Cour suprême des Etats Unis dans l'affaire *JP Morgan Chase Bank c. Traffic Stream (BVI)*¹¹⁰, où il a été établi qu'une entité incorporée aux Îles Vierges Britanniques est un ressortissant britannique au sens du droit international général¹¹¹.

C. L'analyse du Tribunal arbitral

1. MMEA

129. Après avoir examiné attentivement les soumissions des Parties et les preuves qu'elles ont présentées, le Tribunal arbitral conclut que l'Etat du Sénégal n'a pas consenti à ce que ses éventuels différends avec des ressortissants luxembourgeois soient soumis à l'arbitrage. Par conséquent, le Tribunal arbitral conclut qu'il n'est pas compétent pour connaître des revendications de MMEA. Le Tribunal arbitral exposera son raisonnement dans les paragraphes qui suivent.
130. Premièrement, le Tribunal arbitral constate que le consentement du Sénégal qu'allèguent les Demanderesses, n'est pas exprès, clair et non-équivoque. Or, selon le droit international en général, et selon l'arbitrage d'investissement en particulier, un Etat souverain ne peut pas être assujéti à une juridiction internationale sans son consentement clairement exprimé et non-équivoque. Cette exigence découle du respect de la souveraineté des Etats et du principe qu'en matière de droit international, le consentement des Etats à l'arbitrage est l'exception,

¹⁰⁹ Mémoire en Réponse, paras. 523, 524.

¹¹⁰ *JP Morgan Chase Bank c. Traffic Stream (BVI) Infrastructure Ltd*, Cour Suprême des Etats-Unis, Décision, 10 juin 2002, 536 U.S. 88 (Pièce CL-149) (ci-après « *JP Morgan Chase Bank c. Traffic Stream (BVI)* »).

¹¹¹ Mémoire en Réponse, paras. 536-547 ; Mémoire en Duplique, paras. 561-566.

Sentence

et non pas la règle. Ainsi, le Tribunal arbitral adhère aux conclusions des tribunaux arbitraux suivants :

– *ICS Inspection c. Argentine:*

« Where a claimant fails to prove consent with sufficient certainty, jurisdiction will be declined »¹¹². [soulignement ajouté]

– *Wintershall c. Argentine :*

« Besides, it is a general principle of international law that international courts and tribunals can exercise jurisdiction over a State only with its consent. The principle is often described as a corollary to the sovereignty and independence of the State. Presumed consent is not regarded as sufficient, because any restriction upon the independence of a State (not agreed to) cannot be presumed by courts»¹¹³. [références internes omises] [soulignement ajouté]

– *Fireman's Fund c. Mexique:*

« The Tribunal does not believe that under contemporary international law a foreign investor is entitled to the benefit of the doubt with respect to the existence and scope of an arbitration agreement »¹¹⁴.

131. En l'espèce, la théorie des Demanderesses suppose que le prétendu consentement du Sénégal à l'arbitrage résulte d'un mécanisme complexe et très équivoque qui se fonde, d'une part, sur la clause NPF de l'AGCS, et, d'autre part, sur des TBIs conclus entre le Sénégal et des Etats tiers au présent arbitrage.

132. Une première difficulté de la théorie des Demanderesses est que l'article II de l'AGCS est complètement muet sur l'arbitrage international ou même la résolution des différends. Cette disposition, en raison de sa généralité et de son libellé, ne peut pas être considérée comme un consentement actuel, exprès et non-équivoque à l'arbitrage:

« *Article II*
Traitement de la nation la plus favorisée

1. En ce qui concerne toutes les mesures couvertes par le présent accord, chaque Membre accordera immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de tout

¹¹² ICS Inspection c. Argentine, para. 280.

¹¹³ Wintershall c. Argentine, para. 160.3.

¹¹⁴ Fireman's Fund c. Mexique, para. 64.

Sentence

autre Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays.

2. Un Membre pourra maintenir une mesure incompatible avec le paragraphe 1 pour autant que celle-ci figure à l'Annexe sur les exemptions des obligations énoncées à l'article II et satisfasse aux conditions qui sont indiquées dans ladite annexe.

3. Les dispositions du présent accord ne seront pas interprétées comme empêchant un Membre de conférer ou d'accorder des avantages à des pays limitrophes pour faciliter les échanges, limités aux zones frontières contiguës, de services qui sont produits et consommés localement. » [soulignement ajouté]

133. Une deuxième difficulté résulte du fait que la théorie des Demanderesses exige que le Tribunal arbitral s'engage dans une analyse approfondie et très complexe de l'étendue de l'article II de l'AGCS pour pouvoir déterminer s'il est compétent. Le Tribunal arbitral devrait déterminer le sens des termes « *traitement* », « *mesure* », « *non moins favorable* », « *fournisseur de services* » et « *exemption* » au sens de l'AGCS. Ainsi que les soumissions très détaillées des Parties l'ont démontré, cette analyse est elle-même très compliquée et implique la réponse à des questions très controversées. De plus, même si le Tribunal arbitral était prêt à s'engager dans une telle analyse, ce ne serait pas suffisant pour que sa compétence soit établie.
134. Une troisième difficulté est immédiatement apparente : les TBIs invoqués par les Demanderesses ont été conclus par le Sénégal avec des Etats tiers à cet arbitrage et ne s'adressent pas aux ressortissants luxembourgeois.
135. En fait, il est demandé par les Demanderesses au Tribunal arbitral de « composer » un consentement de la Défenderesse en « collant » des pièces disparates à la suite d'une analyse d'intégration (une analyse de « *jeu* »¹¹⁵) entre la clause NPF et les offres d'arbitrage adressées à des investisseurs d'Etats tiers. Le Tribunal arbitral considère qu'un tel exercice est un exemple manifeste d'un « *consentement* » à l'arbitrage équivoque et douteux.
136. Deuxièmement, même si le Tribunal arbitral devait accepter la théorie des Demanderesses et déterminer que le champ d'application de l'article II de l'AGCS inclut l'arbitrage d'investissement, ce qui n'a pas été démontré¹¹⁶, cette disposition ne pourrait créer qu'une obligation pour l'Etat concerné d'offrir l'arbitrage aux fournisseurs de services dans le futur. Or, une telle obligation – même si elle était établie – ne pourrait se confondre avec son exécution, qui reste complètement distincte.

¹¹⁵ Tr., 42 :11.

¹¹⁶ Voir paras. 132-133 ci-dessus.

137. En effet, le Tribunal arbitral observe que le libellé de l'article II ne laisse aucun doute qu'il crée une obligation¹¹⁷ à la charge des Etats signataires de l'AGCS : « *chaque Membre accordera ... un traitement non moins favorable* ». S'il est vrai que ce texte crée une obligation, il est aussi vrai que les Etats signataires de l'AGCS gardent toujours la possibilité de ne pas respecter leurs obligations. Le Tribunal arbitral accepte certes qu'il est préférable que les Etats respectent leurs obligations internationales d'une manière continue. Toutefois, les Etats gardent toujours la faculté de refuser de respecter une obligation, qui reste une prérogative inéluctable de leur souveraineté. Et c'est précisément cette faculté qui a justifié la création des divers mécanismes de l'AGCS, visant à contraindre les Etats à respecter leurs obligations. Ainsi que les Demanderesses l'ont admis lors de l'audience:

« **M. le Pr Mayer.** - [...] Ma question est : s'il ne l'accorde pas, ce traitement non moins favorable, qu'est-ce que qui se passe ? [sic]

M. le Pr Nouvel. - Si le traitement est refusé par un membre de l'OMC, il se met en situation de violation, vis-à-vis des autres membres, de l'article 2. Et par conséquent, cette conduite peut faire l'objet de l'introduction d'une plainte devant l'ORD par les autres membres lésés par ce manquement.

Au terme de cette violation, si elle est avérée devant un groupe spécial puis devant l'organe d'appel, cet organe juridictionnel rendra un rapport qui aura une portée obligatoire qui contraindra, au sens de l'obligation, l'Etat fautif à octroyer cet avantage.

Si l'Etat reste récalcitrant, c'est-à-dire qu'il refuse toujours le bénéfice de cet avantage eh bien l'Etat lésé pourra adopter des représailles de nature commerciale, des contre-mesures qui seront autorisées par l'ORD »¹¹⁸.

138. Même si les Demanderesses acceptent la possibilité pour un Etat membre de l'AGCS de ne pas exécuter ses obligations en vertu de l'article II et reconnaissent les effets d'une telle violation dans les relations interétatiques, elles considèrent qu'une approche complètement différente est justifiée dans le cas des fournisseurs de services. Le Tribunal arbitral constate toutefois que les Demanderesses n'ont invoqué aucune base légale convaincante qui pourrait justifier cette différence de traitement:

« **M. le Pr Mayer.** – Je comprends bien, mais quand vous dites : « Le Sénégal l'a offert », cela résulte de quoi ?

M. le Pr Nouvel. – Cela résulte du jeu de la clause de la nation la plus favorisée qui étend le bénéfice de l'offre aux fournisseurs de services similaires. Le consentement, l'offre

¹¹⁷ Le Tribunal arbitral se borne ici à observer que l'article II de l'AGCS crée une obligation et ne détermine pas le contenu de cette obligation.

¹¹⁸ Tr., 41 : 24-35.

Sentence

d'arbitrage est donnée dans le TBI. Le consentement à l'extension de cette offre est donné dans l'article 2. Par le jeu de l'article 2, on arrive à la conclusion que le Sénégal nous a offert le même traitement qu'un fournisseur de services hollandais ou anglais.

M. le Pr Mayer. – Donc, ce texte a deux sens différents selon qu'il s'adresse aux prestataires de services et aux autres Etats : Et vous en tirez deux conséquences différentes, l'une qui doit offrir et l'autre qui l'a offerte.

M. le Pr Nouvel. – Non, il a deux modalités de mise en œuvre distinctes. Si le Luxembourg se plaint du fait qu'il y ait un refus de l'offre, il fait autre chose que de mettre en œuvre de droit qui est le droit de l'investisseur. Autrement dit, d'une certaine façon, ce que peut faire le Luxembourg est distinct de ce que nous pouvons faire parce que nous, nous pouvons actualiser le droit par la saisine du Tribunal arbitral. Ce que peut faire le Luxembourg c'est, ce serait vrai dans d'autres systèmes d'arbitrage, si, par exemple, on se place uniquement dans un TBI, dans le cadre d'un TBI»¹¹⁹. [soulignement ajouté]

139. Le Tribunal arbitral constate en effet que les Demanderesses justifient la différence d'approche en se basant sur l'argument selon lequel l'article II de l'AGCS serait l'expression d'un consentement (en l'espèce un « *consentement à l'extension* » d'une offre d'arbitrage incluse dans un TBI) et non pas d'une obligation de consentir (dans le futur) à l'arbitrage. Elles essaient de faire une distinction – très artificielle du point de vue du Tribunal – entre, d'une part, le consentement à l'arbitrage et, d'autre part, le consentement à « *l'extension* » d'une offre d'arbitrage. En réalité, un consentement à l'extension d'une offre d'arbitrage est tout simplement une autre forme de consentement à l'arbitrage. Or, le Tribunal arbitral a déjà constaté qu'aucun consentement à l'arbitrage, sous quelle forme que ce soit, ne figure dans l'article II de l'AGCS. Cette disposition ne se réfère même pas à l'arbitrage.
140. Pour les raisons qui précèdent, le Tribunal arbitral estime que, même dans l'hypothèse où l'article II de l'AGCS s'appliquerait à l'arbitrage d'investissement (ce qui n'a pas été démontré), il serait seulement de nature à créer une obligation pour les Etats signataires d'offrir l'arbitrage dans le futur et ne représente pas un consentement à l'arbitrage ou à l'extension d'une offre d'arbitrage.
141. Par conséquent, le Tribunal arbitral ne saurait accepter l'argument des Demanderesses selon lequel l'article 10 du TBI Sénégal - Pays-Bas et l'article 8 du TBI Sénégal - Royaume-Uni représentent le consentement à l'arbitrage nécessaire pour que le Sénégal soit soumis à la compétence de ce Tribunal. Il est évident que les deux textes légaux invoqués par les Demanderesses concernent des ressortissants des Etats tiers à cet arbitrage, en l'espèce les Pays-Bas et le Royaume-Uni. Si l'article II de l'AGCS (dans l'hypothèse, non établie, où ce

¹¹⁹ Tr., 42:11-25.

Sentence

dernier couvrirait l'arbitrage d'investissement) était applicable en l'espèce, dans la mesure où le Sénégal a fait des offres d'arbitrage à deux catégories d'investisseurs mais a refusé le même bénéfice aux autres, la seule conséquence qui en découlerait serait que le Sénégal pourrait se trouver en violation de ses obligations en vertu de l'article II de l'AGCS¹²⁰.

142. Or, le Tribunal arbitral a déjà constaté qu'un Etat souverain garde toujours la faculté de ne pas respecter ses obligations. Par conséquent, si un Etat n'a pas entendu offrir l'arbitrage aux ressortissants d'un Etat tiers, il ne peut être contraint à l'arbitrage.
143. Dans la présente affaire, le Sénégal a conclu des TBIs avec les Pays-Bas et le Royaume-Uni et a offert l'arbitrage aux ressortissants de ces Etats. Par contre, le Sénégal n'a pas conclu un TBI avec le Luxembourg et n'a pas entendu offrir l'arbitrage aux ressortissants luxembourgeois. Même si le Sénégal était en violation de ses obligations en vertu de l'article II de l'AGCS, question sur laquelle le Tribunal arbitral ne se prononce pas, le Tribunal arbitral ne pourrait contraindre la Défenderesse à soumettre à l'arbitrage ses différends avec les fournisseurs de services luxembourgeois. L'absence de consentement du Sénégal est une barrière à la compétence de ce Tribunal arbitral.
144. Troisièmement, le Tribunal arbitral considère que les Demanderesses n'ont pas démontré d'une manière convaincante que l'article II de l'AGCS serait applicable à l'arbitrage d'investissement.
145. Il n'est pas contesté que, si l'article II de l'AGCS impliquait la possibilité pour les fournisseurs de services qui ne bénéficient pas d'offres d'arbitrage de se prévaloir des offres d'arbitrage incluses dans des TBIs ou des traités internationaux auxquels ils ne sont pas parties, les conséquences seraient considérables. Dans ce scénario, un fournisseur de services pourrait effectivement se prévaloir à son gré des dispositions de traités disparates qui lui conviennent tout en ignorant les autres. De plus, ce fournisseur pourrait bénéficier des dispositions de traités conclus par des Etats tiers au prix d'un investissement financier institutionnel et de temps considérable, même dans le scénario où l'Etat de la nationalité du fournisseur n'aurait conclu aucun traité pour la protection des investissements.
146. A la lumière des principes d'interprétation établis par la Convention de Vienne et, en particulier, du principe de l'interprétation de bonne foi¹²¹, le Tribunal arbitral considère

¹²⁰ Le Tribunal arbitral entend préciser que ses prononcés ci-dessus ne constituent pas des conclusions sur la question de savoir si le Sénégal aurait violé l'article II de l'AGCS ou même sur la question de savoir si ce Tribunal arbitral pourrait statuer d'une quelconque manière sur l'existence d'une violation, compte tenu de la compétence de l'ORD.

¹²¹ Le Luxembourg et le Sénégal sont parties à la Convention de Vienne.

Sentence

qu'un résultat d'une telle portée doit pouvoir être établi avec un degré élevé de certitude, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

147. Sur ce point, le Tribunal arbitral observe qu'au cours des négociations de l'AGCS, des questions ont été soulevées concernant l'étendue de son champ d'application. Lors de la réunion informelle du Groupe de négociation sur les services, quelques délégations ont souligné qu'il convenait :

« de se demander ... dans quelle mesure les procédures prévues dans les accords bilatéraux permettraient à un investisseur d'un pays qui a conclu un accord en matière d'investissement avec le pays d'accueil de faire valoir un droit au regard du GATS de manière plus efficace que ne le permettraient les procédures du GATS et auraient pour effet de lui accorder un traitement plus favorable qu'à d'autres Membres du GATS »¹²².

148. Suite à cette interrogation, trois types de positions ont vu le jour au sein des délégations à l'AGCS :

« [L]e Président a indiqué que certaines délégations étaient d'avis que les effets de ces mesures sur le commerce de services étaient insignifiants et que, de ce fait, elles devraient être exclues du champ d'application de l'AGCS. Quelques participants estimaient aussi que le traitement prévu par les traités d'investissement bilatéraux ne pouvait pas être étendu à tous les Membres de l'AGCS qui n'étaient pas parties à ces traités. Par conséquent, ces participants voulaient une couverture juridique pour leurs accords bilatéraux. D'autres étaient d'avis que, dans les cas où elles permettraient de disposer d'une autre instance pour régler les différends, ces mesures pouvaient entraîner une discrimination à l'égard des fournisseurs de services qui n'avaient pas cette possibilité. Ils n'étaient donc pas prêts à se rallier à une décision d'exclure ces mesures du champ d'application de l'AGCS, car elles pouvaient avoir des effets sur le commerce des services. Pour le Président, il était clair que d'autres discussions étaient nécessaires avant que l'on puisse formuler des conclusions »¹²³. [soulignement ajouté]

149. Le Tribunal arbitral note que les délégations présentes aux négociations n'ont pas réussi à se mettre d'accord sur la question de savoir si les traités bilatéraux d'investissement et l'arbitrage d'investissement faisaient partie du champ d'application de l'AGCS. Les délégations qui se sont exprimées en faveur d'une exemption étaient d'avis que les TBIs et l'arbitrage d'investissement n'avaient que des effets négligeables sur le commerce de services. Ces délégations étaient donc en faveur d'une exemption pour éviter toute incertitude (« *ces participants voulaient une couverture juridique* »). Les délégations qui ont refusé d'inclure les TBIs et l'arbitrage d'investissement dans la liste des exemptions

¹²² Pièce CL-97.

¹²³ Pièce CL-99.

Sentence

n'étaient pas prêtes à exclure les effets de ces mesures sur le commerce des services. Les débats se sont terminés sans résultat probant et la question est restée ouverte. Nous sommes, en tout état de cause, loin du consentement éclairé et non-équivoque. Il convient aussi de souligner à cet égard que la problématique a été soulevée en octobre 1993 – août 1994, donc une dizaine d'années avant que l'arbitrage d'investissement ait connu le développement important qui est le sien actuellement et qu'aient été négociés et signés les traités bilatéraux d'investissement ou les accords complexes de libre échange que l'on connaît aujourd'hui. En d'autres termes, il est difficilement concevable que les Etats membres de l'AGCS aient pu donner à l'époque via les échanges susvisés leur consentement éclairé et non-équivoque à l'application des clauses arbitrales contenues dans les TBIs.

150. En fait, la pratique conventionnelle ultérieure des Etats membres de l'AGCS s'est développée dans deux directions distinctes : le droit international de l'investissement et le droit du commerce international. Si les Etats membres de l'AGCS ont continué à conclure, et, en fait, ont intensifié leurs efforts de conclure, des TBIs offrant aux investisseurs la possibilité de recourir à l'arbitrage, c'est parce que ces mêmes Etats n'ont pas entendu offrir aux fournisseurs de services, via l'AGCS, l'accès à l'arbitrage international.
151. Pour toutes les raisons qui précèdent, le Tribunal arbitral décide qu'il n'est pas compétent pour connaître des demandes de MMEA contre l'Etat du Sénégal.

2. *AHSI*

152. En ce qui concerne AHSI, le Tribunal arbitral décide également qu'il n'est pas compétent pour les raisons suivantes.
153. Indépendamment de toute discussion concernant l'existence ou l'inexistence d'une offre d'arbitrage dans l'article 12 du Code des Investissements du Sénégal, le Tribunal arbitral considère que la disposition invoquée en tant qu'offre d'arbitrage ne s'applique pas à AHSI en raison de sa constitution aux Îles Vierges Britanniques.
154. En effet, il n'est pas contesté que le TBI Sénégal - Royaume-Uni ne s'applique pas à AHSI puisque cette dernière est une ressortissante d'un territoire d'outre-mer du Royaume-Uni qui n'est pas inclus dans le champ d'application territorial du traité. Par conséquent, au sens du TBI Sénégal - Royaume-Uni, AHSI est une tierce et non pas une ressortissante britannique.

Sentence

155. Or, l'article 12 para. 2, deuxième hypothèse du Code des Investissements du Sénégal suppose qu'il existe un traité bilatéral pour la protection des investissements, ce dernier étant applicable à l'investisseur :

« Les différends entre personne physique ou morale étrangère et la République du Sénégal relatifs à l'application du présent Code sont réglés conformément à la procédure de conciliation et d'arbitrage découlant :

- soit d'un commun accord entre les deux parties ;
- soit d'accords et traités relatifs à la protection des investissements conclus entre la République du Sénégal et l'Etat dont l'investisseur est ressortissant. » [soulignement ajouté]

156. En effet, le texte précise que le traité doit avoir été conclu entre le Sénégal et l'Etat dont l'investisseur est ressortissant. L'analyse de la nationalité de l'investisseur sera donc nécessairement effectuée au sens du traité d'investissement. Pour cette raison, le Tribunal arbitral ne peut accepter l'interprétation proposée par les Demanderesses, selon laquelle un investisseur tiers au sens du traité d'investissement pourrait néanmoins se prévaloir d'une disposition dudit traité pour « compléter » en quelque sorte les dispositions de l'article 12 du Code des Investissements. Selon le Tribunal arbitral, une telle interprétation n'est pas raisonnable et va à l'encontre de la volonté des Etats signataires du TBI Sénégal - Royaume-Uni qui ont expressément choisi de ne pas étendre l'application des dispositions du traité aux ressortissants des Îles Vierges Britanniques.

157. Selon le Tribunal arbitral, le raisonnement qui précède suffit à conclure qu'il n'est pas compétent pour connaître des demandes formulées par AHSI contre l'Etat du Sénégal. Par conséquent, le Tribunal arbitral ne considère pas qu'il soit nécessaire d'adresser les autres arguments des Demanderesses sur ce point.

§

158. Le Tribunal arbitral a conclu qu'il n'est pas compétent pour connaître des demandes de MMEA et d'AHSI en l'absence de consentement de la part de l'Etat du Sénégal. Par conséquent, le Tribunal arbitral considère qu'il n'y a pas lieu d'analyser les autres objections à sa compétence, en particulier (i) l'absence de compétence *ratione materiae* et (ii) l'absence de compétence *ratione personae*. Seule reste à déterminer la répartition des coûts de cette procédure.

VII. COÛTS

159. La Défenderesse demande que l'intégralité de ses frais d'arbitrage et de conseil, s'élevant à EUR 631.053,69, soit prise en charge par les Demanderesses¹²⁴, ainsi que les avances payées par le Sénégal. Elle soutient que ces frais sont raisonnables et que la pratique des tribunaux CIRDI est de mettre les frais d'arbitrage et de conseil de la partie gagnante à la charge de la partie perdante¹²⁵.
160. Les Demanderesses sollicitent que, si par extraordinaire le Tribunal déclarait bien fondé le déclinatoire de compétence de la Défenderesse, l'ensemble des coûts exposés par les Parties à cette instance arbitrale soient supportés par chacune d'elles, à raison de 50% desdits coûts. Les Demanderesses évaluent leurs coûts au montant de USD 350.000 réglés au CIRDI, et EUR 588.583,69 réglés aux conseils¹²⁶.
161. Les honoraires et dépenses du Tribunal ainsi que les redevances administratives et dépenses du CIRDI sont les suivants (en USD)¹²⁷:
- Honoraires et dépenses des arbitres :
 - Prof. Hanotiau: 94.712,29
 - Me Gharavi: 46.538,74
 - Prof. Mayer: 78.973,26 - Honoraires et dépenses de l'Assistante du Tribunal :
 - Mme Iancu: 17.871,08 - Redevances administratives du CIRDI : 32.000
 - Dépenses réglées par le CIRDI (estimation)¹²⁸ : 30.000
162. Le Tribunal arbitral observe en premier lieu que l'article 61(2) de la Convention CIRDI lui confère un certain degré de discrétion en ce qui concerne la répartition des coûts. Par

¹²⁴ DF-C.

¹²⁵ Mémoire en Déclinatoire de Compétence, paras. 550-555 ; Mémoire en Réplique, paras. 781-784.

¹²⁶ DM-C.

¹²⁷ Le Secrétariat du CIRDI enverra aux Parties un état financier détaillé du compte de l'affaire dès que ce dernier sera finalisé.

¹²⁸ Ce montant couvre notamment les frais relatifs à l'audience, et inclut l'estimation des coûts (messagerie rapide, impression, copie) relatifs à l'envoi de la présente Sentence. Le solde sera remboursé aux Parties à proportion des avances payées au CIRDI.

Sentence

application du principe « *costs follow the event* », le Tribunal arbitral estime que la partie perdante doit supporter les frais d'arbitrage, sauf s'il existe des éléments objectifs justifiant une autre solution.

163. Le Tribunal arbitral considère que tel n'est pas le cas en l'espèce. Il constate que les Demanderesses ont échoué dans tous leurs arguments tendant à établir qu'elles bénéficieraient d'offres d'arbitrage leur permettant de soumettre à ce Tribunal arbitral leurs demandes contre l'Etat du Sénégal.
164. Le Tribunal arbitral décide donc que MMEA et AHSI supporteront solidairement l'intégralité des frais de l'arbitrage tels qu'ils seront notifiés par le CIRDI aux Parties et rembourseront à la Défenderesse l'intégralité de ses frais de conseil, soit un montant total d'EUR 631.053,69.

VIII. DISPOSITIF

165. Le Tribunal arbitral décide que:

- (1) Le Tribunal n'est pas compétent pour connaître des demandes de MMEA et AHSI ;
- (2) MMEA et AHSI supporteront solidairement l'intégralité des frais de l'arbitrage ;
- (3) MMEA et AHSI rembourseront à la République du Sénégal ses frais de conseil (EUR 631.053,69);
- (4) Toutes les autres demandes sont rejetées.

[Signé]

Me Hamid Gharavi
Arbitre
Date: 21/7/16

[Signé]

M. le professeur Pierre Mayer
Arbitre
Date: 21/7/16

[Signé]

M. le professeur Bernard Hanotiau
Président du Tribunal
Date: 1/8/16