

**CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES
DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS
WASHINGTON, D.C.**

Dans une procédure entre

AHS NIGER ET MENZIES MIDDLE EAST AND AFRICA SA

Demandereses

et

LA RÉPUBLIQUE DU NIGER

Défenderesse

Affaire CIRDI No. ARB/11/11

DÉCISION SUR LA COMPÉTENCE

Membres du Tribunal

Monsieur Fernando Mantilla-Serrano, Président

Monsieur Patrick Hubert, Arbitre

Monsieur Gaston Kenfack-Douajni, Arbitre

Secrétaire du Tribunal

Madame Aurélia Antonietti

Date d'envoi aux Parties: 13 mars 2013

REPRÉSENTATION DES PARTIES

Les Demanderesses sont représentées par : La Défenderesse a été représentée jusqu'au 14 mars 2012 par :

Me Rasseck Bourgi,
10, rue du Chevalier de Saint George
75001 Paris
France

Me. Ibrahim M. Djermakoye
4, rue de la Tapoa, Ancien Plateau
BP 12651 Niamey
Niger

et par

Le Ministre des Transports
et le Directeur des Transports
Immeuble Caisse Nationale de Sécurité Sociale
(Quartier Terminus) Niamey
BP 12.130 Niamey
Niger

et
Le Directeur du Contentieux de l'État
Secrétariat Général du Gouvernement
BP 550 Présidence de la République
Niamey
Niger

Depuis le 13 mars 2012, la Défenderesse fait défaut.

I. INTRODUCTION ET PARTIES	1
II. HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE	2
III. RAPPEL DES FAITS	6
IV. RÉSUMÉ DE LA POSITION DES PARTIES	12
IV.1 Position des Demanderesses.....	13
A. Sur la compétence.....	13
B. Sur le fond	14
C. Demande des Demanderesses.....	16
IV.2 Position de la Défenderesse.....	17
V. COMPÉTENCE	18
V.1 Dispositions applicables	18
V.2 Compétence <i>ratione personae</i>	19
A. Le Niger.....	20
B. MMEA.....	20
C. AHS Niger	20
1. Position des Parties	20
2. Décision du Tribunal	23
a) Le statut de AHS Niger	23
b) A l'égard du Code des Investissements.....	29
c) A l'égard de la Convention CIRDI.....	31
V.3 Compétence <i>ratione voluntatis</i>	35
A. Analyse des instruments applicables	35
1. L'acte d'agrément	36
2. Les modalités de l'arbitrage visées dans l'acte d'agrément	38
3. Les parties visées par l'acte d'agrément	41
B. Le Niger.....	42
C. AHS Niger	43
D. MMEA.....	43
V.4 Compétence <i>rationae materiae</i>	46
A. Le Code des Investissements.....	46
B. La Convention CIRDI	48
VI. FRAIS ET DEPENS	49
VII. DISPOSITIF	49

GLOSSAIRE

AHS	Aviation Handling Services S.A.
AHS Niger	Aviation Handling Services Niger S.A.
Arrêté 1	Arrêté n° 000001/MT/AC/DAC du 5 janvier 2010
Arrêté 2	Arrêté n° 000002/MT/AC/DAC du 5 janvier 2010
Arrêté 15	Arrêté n° 015/MT/T/DAC du 19 février 2004
Arrêté 16	Arrêté n° 016/MT/T/DAC du 19 février 2004
Arrêté 66	Arrêté n° 066/MT/DAC du 30 décembre 2003
Arrêté 103	Arrêté n° 103/MTT/A/DAC du 14 décembre 2010
Arrêté 104	Arrêté n° 104/MTT/A/DAC du 14 décembre 2010
Arrêté 105	Arrêté n° 105/MTT/A/DAC du 14 décembre 2010
Arrêté 106	Arrêté n° 106/MTT/A/DAC du 14 décembre 2010
Arrêté 108	Arrêté n° 00108/MTT/A/DRF/M du 29 décembre 2010
Décision 799	Décision n° 00799/MTT/A/DAC du 14 décembre 2010
C	Pièce Demanderesses
CIRDI ou le Centre	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
Code des Investissements	Code des Investissements de la République du Niger du 8 décembre 1989, modifié par ordonnance en 1997, 1999 et par loi en 2001
Convention CIRDI ou Convention de Washington	Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États du 18 mars 1965
Convention d'Investissement	Convention d'Investissement conclue le 15 décembre 2004 entre AHS Niger et la République du Niger
Déf.	Défenderesse
Déf. Mém.	Mémoire de la Défenderesse du 6 avril 2011
Dem.	Demanderesses
Dem. Mém.	Mémoire des Demanderesses du 14 novembre 2011
MAG	Menzies Aviation Group
MMEA	Menzies Middle East and Africa S.A. (dénommée avant le 18 mars 2011 Menzies Afrique S.A.)
Règlement d'arbitrage	Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage du CIRDI
Requête	Requête d'arbitrage des Demanderesses du 4 mars 2011

I. INTRODUCTION ET PARTIES

1. Cette affaire concerne un différend soumis au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (« CIRDI » ou le « Centre ») sur le fondement d'une Convention d'Investissement conclue en 2004 entre AHS Niger et la République du Niger (« Convention d'Investissement »), le Code des Investissements nigérien de 1989 et sur le fondement de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États du 18 mars 1965, en vigueur depuis le 14 octobre 1966 (« Convention CIRDI » ou « Convention de Washington »). Le différend porte sur la régularité du retrait par la République du Niger d'un agrément accordé à AHS Niger pour l'assistance en escale à l'aéroport international de Niamey, ainsi que sur la validité de la dénonciation de la Convention d'Investissement conclue entre AHS Niger et la République du Niger.
2. Les demanderessees sont les sociétés Aviation Handling Services Niger S.A. (« AHS Niger ») et Menzies Middle East and Africa S.A. (dénommée avant le 18 mars 2011 Menzies Afrique S.A.) (« MMEA »), (ci-après conjointement les « Demanderessees »). Le siège social d'AHS Niger est sis Aéroport International de Niamey, BP 10006¹ ; celui de MMEA est sis 127, rue de Mühlenbach, L-2168, Luxembourg².
3. La défenderesse est la République du Niger (ci-après le « Niger » ou la « Défenderesse ») prise en la personne du Ministre des Transports, du Directeur des Transports et du Directeur du Contentieux de l'État.
4. Les Demanderessees et la Défenderesse seront ci-après collectivement appelées les « Parties ». Les représentants respectifs des Parties et leurs adresses sont mentionnés ci-dessus.
5. Le Tribunal présentera dans un premier temps un historique de la procédure (II) et un bref rappel des faits (III), avant de rappeler la position des Parties (IV). Le Tribunal examinera ensuite la question de la compétence (V).

¹ Pièces C1 et C44.

² Pièces C2 et C36.

II. HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE

6. Le 11 mars 2011, le CIRDI a reçu une requête d'arbitrage en date du 4 mars 2011 des sociétés AHS Niger et Menzies Afrique SA contre la République du Niger, accompagnée des pièces C1 à C30 et des pièces de jurisprudence JP1 à JP10 (la « Requête »).
7. Par lettres des 16 et 30 mars 2011, le Centre a posé des questions aux Demanderesses dans le cadre de l'examen de la Requête. Les Demanderesses y ont répondu par lettre du 21 mars 2011 avec les pièces C31 à C35 et JP11 et JP12, et par lettre du 5 avril 2011 avec les pièces C36 à C42 et JP13 à JP16.
8. Le 6 avril 2011, Me Ibrahim M. Djermakoye a soumis pour le compte du Niger un « Mémoire en défense » « *tendant à démontrer l'incompétence du CIRDI à connaître du litige* » accompagné des pièces 1 à 9 (« Déf. Mém. »).
9. Les Demanderesses y ont répondu par lettres en date des 7 avril (accompagnée des nouvelles pièces C43 à C45) et 18 avril 2011, et le Niger y a répliqué par lettre du 15 avril 2011.
10. Le 26 avril 2011, le Secrétaire général du Centre a enregistré la Requête conformément à l'article 36(3) de la Convention CIRDI. Les Parties ont été notifiées de cet enregistrement le même jour. Dans sa Notification d'enregistrement, le Secrétaire général a invité les Parties à procéder dès que possible à la constitution du Tribunal arbitral conformément à l'article 7 du Règlement d'introduction des instances.
11. Les Parties ont convenu, conformément à l'article 37(2)(a) de la Convention CIRDI, que le Tribunal serait composé de trois arbitres, chaque partie nommant un arbitre et le président étant nommé par les co-arbitres. Les Demanderesses ont nommé M. Patrick Hubert, de nationalité française, qui a accepté sa nomination. La Défenderesse a nommé le Dr. Gaston Kenfack-Douajni, de nationalité camerounaise, qui a accepté sa nomination. Messieurs Hubert et Kenfack-Douajni ont nommé M. Fernando Mantilla-Serrano en tant que président du Tribunal. M. Mantilla-Serrano, de nationalité colombienne, a accepté sa nomination.

12. Conformément à l'article 6(1) du Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage du CIRDI (« Règlement d'arbitrage »), le Secrétaire général a notifié aux Parties le 22 juillet 2011 que les trois arbitres avaient accepté leur nomination et que le Tribunal était réputé constitué et l'instance engagée à cette date. Les Parties ont également été informées de ce que Mme Aurélia Antonietti, Conseiller juridique au CIRDI, était la Secrétaire du Tribunal (la « Secrétaire »).
13. Le 15 septembre 2011, le Tribunal a tenu sa première session avec les Parties. Il était convenu que chaque partie serait représentée lors de la première session mais la veille de la session, le 14 septembre 2011, M. le Directeur du Contentieux de l'État a informé le Centre qu'aucun représentant de la République du Niger ne serait présent à la session, faisant référence à une lettre adressée à AHS Niger S.A. le 13 septembre 2011 et indiquant la volonté de la Défenderesse « *d'entamer des négociations directes avec AHS-NIGER en vue d'un règlement amiable et consensuel du différend qui les oppose et sollicitait par la même occasion une suspension de la procédure d'arbitrage initiée devant le CIRDI pour permettre aux parties de conclure dans les meilleurs délais un accord sauvegardant leurs intérêts respectifs* ». Le conseil des Demanderesses s'est opposé le jour même par courriel à la suspension de la procédure et au report de la session. Le 14 septembre 2011, la Secrétaire a informé les Parties par courriel que le Tribunal avait décidé de maintenir la session du lendemain. Le 15 septembre 2011, le Tribunal a tenu sa première session en présence des représentants des Demanderesses et a discuté des points de l'ordre du jour qui avait été communiqué aux Parties le 2 août 2011. Par courrier du Centre en date du 19 septembre 2011, un projet de procès-verbal de la première session a été adressé aux Parties pour commentaires. Par lettres des 20 et 30 septembre 2011, les Demanderesses ont soumis leurs commentaires et la Défenderesse a fait part de ses commentaires par lettre du 30 septembre 2011. Le procès-verbal définitif de la première session en date du 5 octobre 2011 signé par le Président et la Secrétaire a été adressé aux Parties le 6 octobre 2011.
14. Le procès-verbal de la première session relève que les Parties ont constaté la régularité de la constitution du Tribunal et ont indiqué ne pas avoir d'objections concernant les déclarations de ses membres. Il a été également convenu que le Règlement d'arbitrage

applicable serait celui entré en vigueur en janvier 2003, que le lieu de la procédure serait Washington, DC et que la procédure se déroulerait en langue française.

15. Dans la mesure où la Défenderesse n'avait pas encore indiqué si elle entendait soulever officiellement un déclinatoire de compétence, le Tribunal a décidé que le calendrier pour l'échange des écritures serait le suivant :
 - Les Demanderesses déposeraient leur Mémoire sur le fond avant le 15 novembre 2011.
 - La Défenderesse déposerait son Contre-Mémoire sur le fond et/ou tout déclinatoire de compétence avant le 16 janvier 2012. Elle indiquerait dans sa soumission si elle requerrait la bifurcation de la procédure.
 - Au plus tard le 30 janvier 2012, les Demanderesses répondraient à toute demande de bifurcation. Le Tribunal déciderait alors rapidement sur la bifurcation.
16. Le 14 novembre 2011, les Demanderesses ont déposé leur Mémoire sur le fond (« Dem. Mém. ») accompagné des pièces C46 à C72, de la jurisprudence A17 à A20, de l'attestation de témoin de M. Pierre Agbogba, de l'attestation de témoin n°2 de M. Rachid Riffi, de l'attestation de témoin de M. Forsyth Black, du rapport de M. John S. Willis et de l'avis juridique de M. le Professeur Serge Sur.
17. Le 15 janvier 2012, la République du Niger n'a pas déposé de soumission. Le 17 janvier 2012, le Centre a reçu une lettre du Secrétaire général du Gouvernement en date du 13 janvier 2012 demandant un délai supplémentaire pour organiser sa défense. Il a alors été demandé au Niger de bien vouloir indiquer au Centre combien de jours lui seraient nécessaires pour présenter ses écritures. Le 25 janvier 2012, le Niger a de nouveau été invité à bien vouloir indiquer dans les plus brefs délais le fondement de sa demande d'extension ainsi que la durée de l'extension demandée.
18. Le 27 janvier 2012, les Demanderesses ont déposé une requête aux fins de constater le défaut de la Défenderesse et de prononcer une sentence par application de l'article 42 du Règlement d'arbitrage. Cette demande a été officiellement notifiée au Niger par lettre du Centre en date du 1^{er} février 2012. Dans la même lettre, la Défenderesse a été invitée à indiquer avant le 6 février 2012 le fondement de sa demande d'extension, le nombre de

jours d'extension requis, et si elle entendait faire valoir ses prétentions dans cette instance. Le Tribunal a indiqué qu'il souhaitait vivement que cette procédure suive son cours en présence de toutes les Parties. Par lettre du Centre en date du 7 février 2012, le Tribunal a constaté l'absence de réaction de la République du Niger dans le délai imparti. Dans ces circonstances, et en application de l'article 42(2) du Règlement d'arbitrage, le Tribunal a fixé un délai jusqu'au 29 février 2012 pour que « [1]a Défenderesse dépose son Contre-Mémoire sur le fond et/ou tout déclinatoire de compétence et indique aussi si elle requiert la bifurcation de la procédure », conformément au procès-verbal de la première session du Tribunal arbitral du 15 septembre 2011.

19. Par lettre du 13 mars 2012, le Tribunal a constaté l'absence de dépôt par la Défenderesse de son Contre-Mémoire sur le fond et/ou d'un déclinatoire de compétence. Dans ces circonstances, le Tribunal a indiqué :
 - Faire droit à la requête des Demanderesses en date du 27 janvier 2012 aux fins de constater le défaut de la Défenderesse et de prononcer une sentence en application de l'article 42 du Règlement d'arbitrage.
 - Que si la partie en défaut s'abstient de comparaître ou de faire valoir ses moyens, elle n'est pas pour autant réputée acquiescer aux prétentions de l'autre partie.
 - Qu'aux termes de l'article 42(3) et (4) du Règlement d'arbitrage il allait donc examiner si le différend est ou non de sa compétence et si, dans l'affirmative, les conclusions sont bien fondées en fait et en droit.
 - Qu'il pourrait à tout moment demander aux Demanderesses de déposer des observations, de nouvelles preuves ou de fournir des explications orales.
20. Par lettre du 14 mars 2012, Me Djermaakoye, conseil de la Défenderesse, a informé le Tribunal de son départ dans ce dossier.
21. Par lettre du 18 avril 2012, le Centre a informé les Parties que le Tribunal entendait revenir vers les Parties concernant l'état de ses travaux et avec d'éventuelles questions.

22. Par lettre du 10 août 2012, le Tribunal a posé aux Parties neuf questions auxquelles elles étaient invitées à répondre avant le 3 septembre 2012. Les Demanderesses y ont répondu le 31 août 2012 et ont communiqué les pièces C73 à C76 et A21 à A23.
23. Par lettre du 25 septembre 2012, et afin de s'assurer que la Défenderesse disposait du dossier complet de cette affaire, le Centre adressait une copie papier de toutes les correspondances échangées dans ce dossier par courrier électronique depuis le début de l'année 2012 au Ministre des Transports et à la Direction du Contentieux de l'État, en copiant l'Ambassade du Niger à Washington, DC, afin que cette dernière transmette le dossier aux services concernés de l'État du Niger. Les conseils des Demanderesses confirmaient par courriers des 5 et 29 novembre 2012 les changements intervenus au sein du Gouvernement.
24. Par lettre du 23 octobre 2012, les Demanderesses transmettaient au Tribunal une copie de l'arrêt de la Cour d'État du Niger, Chambre Administrative no. 12-054 du 10 octobre 2012 et de sa notification, dont il sera discuté ci-après.
25. Par lettre du 16 janvier 2013, les Demanderesses réitéraient leur requête afin que le « *Tribunal arbitral statue sur les seuls chefs de conclusions qui lui ont été soumis* » par les Demanderesses dans l'ensemble de leurs écritures.

III. RAPPEL DES FAITS

26. Le Tribunal fera un bref rappel des faits tels qu'ils ressortent des écritures des Demanderesses, du Mémoire de la Défenderesse soumis avant l'enregistrement de la Requête, et des pièces versées aux débats.
27. En décembre 2003, à la suite du dépôt de bilan en janvier 2002 d'Air Afrique, qui était chargée de l'assistance en escale notamment à l'aéroport de Niamey, l'État du Niger a lancé un appel d'offres international pour l'assistance en escale sur les aéroports du Niger (ci-après « l'Appel d'Offres »)³.
28. Par Arrêté n° 066/MT/DAC du 30 décembre 2003 (ci-après, l'« Arrêté 66 ») portant Cahier des Charges pour l'exercice de l'activité d'assistance ou d'auto assistance en escale dans les aéroports du Niger, le Ministre des Transports a défini, entre autres, les

³ Pièce C4.

services à fournir et les conditions d'agrément des prestataires pour ces services. La durée prévue pour l'agrément de l'activité d'assistance en escale était de 5 ans et de 3 ans pour l'auto assistance⁴.

29. Menzies Aviation Group (MAG) a décidé de participer à cet Appel d'Offres international et a présenté une offre conjointement avec Aviation Handling Services (AHS), son partenaire exclusif en Afrique. D'après les Demanderesses, Menzies Aviation Group, filiale de John Menzies Plc, est un leader dans le domaine de l'assistance en escale dans plusieurs pays africains⁵. Au sein du Menzies Aviation Group, c'est plus particulièrement la société Menzies Afrique SA, aujourd'hui dénommée MMEA, ainsi que son partenaire AHS Dakar, qui étaient chargées de développer les activités d'assistance en escale en Afrique et au Moyen Orient.
30. Par courrier du 29 janvier 2004, le groupement Menzies Aviation Group-AHS a soumis son offre technique et son offre financière⁶. Dans son offre, le groupe s'engageait à :
- investir 1,7 milliards de F CFA ;
 - acquérir pour 295 millions de F CF A, le matériel de l'ex Air Afrique ;
 - à reprendre les anciens salariés d'Air Afrique nécessaires au fonctionnement de l'activité et non atteints par la limite d'âge ;
 - à verser à l'État 5% de son chiffre d'affaires brut au titre de redevance de concession.
31. Par lettre du 26 janvier 2004, Menzies Aviation Group-AHS a demandé que la licence soit de 10 ans, durée d'amortissement des investissements⁷.
32. Par lettre du 8 février 2004, le Ministre des Transports a informé le groupe qu'il avait été déclaré adjudicataire⁸.
33. Conformément au Dossier d'Appel d'Offres, une société de droit nigérien devait être constituée pour assurer les prestations objet dudit Appel d'Offres. AHS Niger fut ainsi

⁴ Pièce C6.

⁵ Requête, §§ 11-12.

⁶ Pièces C8 et C31.

⁷ Pièce C46.

⁸ Pièce C48, adressée à Monsieur le Président de Aviation Handling Services S.A. (AHS S.A.) à Dakar indiquant que: "Votre groupe a été déclaré adjudicataire".

constituée le 18 février 2004⁹. Son actionnaire principal était à 75% MMEA. Les 25% restants étant détenus par deux actionnaires nigériens, AHS International Limited ne possédant qu'une seule action¹⁰.

34. Le 19 février 2004, un arrêté n° 015/MT/T/DAC (ci-après, l'« Arrêté 15 ») a été pris pour l'activité d'assistance ou d'auto assistance en escale dans les aéroports du Niger, modifiant le Cahier des Charges de 2003. Cet arrêté indiquait que la validité de l'agrément était de dix ans et limitait le nombre de prestataires agréés à un seul prestataire pour l'assistance en escale à l'aéroport de Niamey¹¹. Cet arrêté précisait que « [l]e nombre de prestataires agréés sur cette plate-forme peut être modifié par arrêté ministériel si le nombre de passagers dépassent [sic] cinq cent mille (500 000) par an et sous réserve de l'absence de contraintes particulières en matière d'espace ou de capacité des installations et du respect des contraintes de sécurité et de sûreté de l'aéroport et des passagers ».
35. Le même jour, l'arrêté n° 016/MT/T/DAC (ci-après, l'« Arrêté 16 ») portant agrément pour une période de 10 ans de la société « Aviation Handling Services Niger S.A. (Menzies Aviation Group Partner) pour l'exercice de l'activité d'assistance en escale sur l'aéroport International Diori Hamani de Niamey » a été pris¹². Il y était indiqué que l'activité en escale comprenait l'assistance passagers, bagage, fret et poste, opération en piste, nettoyage et service de l'avion, entretien en ligne, opérations aériennes et administration des équipages, transport en vol et service commissariat.
36. Le 15 décembre 2004, le Gouvernement du Niger et AHS Niger ont conclu une Convention d'Investissement, qui devait prendre effet le même jour¹³.
37. D'après les Demanderesses, sur la période des cinq premières années, à partir du 15 décembre 2004, AHS Niger a investi 2.418.500.792 F CFA, créé 101 emplois et s'est conformée à ses obligations comptables et financières¹⁴.

⁹ Pièce C1.

¹⁰ Pièce C33.

¹¹ Pièce C5.

¹² Pièce C3.

¹³ Pièce C7.

¹⁴ Requête, § 27.

38. Par arrêté du 5 janvier 2010 n° 000001/MT/AC/DAC (ci-après, l'« Arrêté 1 ») modifiant l'Arrêté 16, la durée de la Convention d'Investissement a été ramenée à 5 ans et toutes les dispositions antérieures contraires ont été abrogées¹⁵. Un second arrêté du même jour n° 000002/MT/AC/DAC (ci-après, l'« Arrêté 2 ») a modifié et complété l'Arrêté 66 de 2003 en fixant entre autres le nombre des prestataires pour l'aéroport de Niamey à trois (assistance en escale, assistance en escale « Fret et Poste », auto assistance)¹⁶.
39. Par lettre du 6 janvier 2010 adressée à AHS Niger, le Ministre des Transports, citant « *des contradictions dans les textes régissant l'activité d'assistance et d'auto assistance en escale* » à Niamey, a indiqué que conformément au Cahier des Charges de 2003 le nombre de prestataires était de trois (assistance en escale, assistance en escale « Fret et Poste », auto assistance) et que la durée de la Convention d'Investissement était de 5 ans¹⁷. Cette même lettre demandait à AHS Niger de prendre les dispositions utiles en vue du renouvellement de son agrément arrivé à terme le 18 février 2009.
40. AHS Niger s'est opposée à cette mesure par lettre du 25 janvier 2010¹⁸.
41. AHS Niger a continué, prétendument avec l'accord du Gouvernement, à opérer le service d'assistance en escale et a obtenu le 8 mars 2010 le renouvellement de la licence annuelle d'exploitation pour la période 2010-2011¹⁹.
42. Selon la Défenderesse, « [c]ourant décembre 2010, une inspection diligentée par les autorités de la transition concluait à l'irrégularité de l'octroi de l'agrément à AHS Niger s.a., au non respect de ses engagements vis-à-vis de l'État du Niger ainsi qu'au non respect de la législation nigérienne, entre autres manquements relevés »²⁰.
43. Le 14 décembre 2010, le Ministre des Transports du Niger prenait l'arrêté n°106/MTT/A/DAC (ci-après, l'« Arrêté 106 »)²¹ abrogeant immédiatement l'Arrêté 16, ainsi qu'une décision n°00799/MTT/A/DAC (ci-après, la « Décision 799 ») portant

¹⁵ Pièce C12.

¹⁶ Pièce C13

¹⁷ Pièce C11.

¹⁸ Pièce C14.

¹⁹ Pièce C43.

²⁰ Déf. Mém., p. 3.

²¹ Pièce C17.

dénonciation de la Convention d'Investissement²². D'après les Demanderesses, ces deux documents étaient notifiés à AHS Niger le 15 décembre 2010 en main propre.

44. Etaient également pris:

- l'arrêté n° 103/MTT/A/DAC du 14 décembre 2010 (ci-après, l'« Arrêté 103 ») « portant création d'une cellule d'assistance en escale à l'Aéroport International DIORI HAMANI de Niamey ». Il était précisé que cette cellule était chargée d'assurer, sous la direction d'un comité de gestion, la continuité du service public en matière d'assistance aux aéronefs²³ ;
- l'arrêté n° 104/MTT/A/DAC du 14 décembre 2010 (ci-après, l'« Arrêté 104 ») « portant réquisition du personnel de la société AHS affecté à l'assistance en escale à l'Aéroport International DIORI HAMANI de Niamey »²⁴ ;
- l'arrêté n° 105/MTT/A/DAC du 14 décembre 2010 (ci-après, l'« Arrêté 105 ») « portant réquisition du matériel d'assistance en escale mis à la disposition de la société AHS »²⁵ ;
- l'arrêté n° 00108/MTT/A/DRF/M du 29 décembre 2010 (ci-après, l'« Arrêté 108 ») « portant création et attribution d'un Comité chargé de la gestion financière des ressources de l'exercice de l'assistance en escale à l'Aéroport International DIORI HAMANI de Niamey »²⁶.

45. Le 15 décembre 2010, selon les Demanderesses, AHS Niger a été expropriée de son investissement.

46. Les Demanderesses affirment que le Directeur de l'Aviation Civile par Intérim a convoqué le personnel d'AHS Niger lui signifiant qu'il était désormais le nouveau Directeur Général de la Cellule d'Assistance en Escale.

47. Elles prétendent également que le Directeur Général de AHS Niger, M. Rachid Riffi, un ressortissant marocain, a été contraint de quitter son lieu de travail sous la menace et

²² Pièce C18.

²³ Pièce C21.

²⁴ Pièce C22.

²⁵ Pièce C23.

²⁶ Pièce C24.

que, accompagné d'une délégation comprenant l'ancien responsable comptable d'AHS Niger, le Directeur Général de l'ASECNA²⁷ (membre du comité de gestion de la cellule), deux huissiers, un gendarme et l'avocat d'AHS Niger (arrivé sur les lieux entretemps), il a été contraint de faire le tour des banques dans lesquelles des comptes étaient ouverts au nom de AHS Niger pour disposer des soldes des comptes, des signatures sur les comptes et du droit d'accéder aux comptes ; ce à quoi il s'est opposé. Il a alors été expulsé de son bureau et son véhicule de fonction a été réquisitionné.

48. Selon les Demanderesses, depuis le 15 décembre 2010, « *AHS Niger n'a plus eu accès à son siège et ses équipements, la Cellule d'Assistance en Escale ayant par ailleurs confisqué les documents et pièces comptables d'AHS Niger qui s'est trouvée dans l'impossibilité matérielle de satisfaire à ses obligations fiscales* »²⁸.

49. Les Demanderesses continuent en affirmant ce qui suit :

« 92. En outre, la Cellule d'Assistance en Escale pour les besoins de cette expropriation opère avec le matériel et les équipements de AHS Niger.

93. C'est d'ailleurs bien vainement que, pour tenter de cacher son forfait, la Cellule d'Assistance en Escale a fait ôter au début de l'année 2011 l'ensemble des logos et marquages portant le nom de AHS sur le matériel de AHS Niger alors qu'elle avait opéré avec le même matériel, portant mention des logos et marquages MENZIES-AHS.

94. Toutefois, la Cellule d'Assistance en Escale et l'ensemble du personnel continue à opérer dans les uniformes de AHS Niger avec les insignes du groupe AHS-MENZIES en violation flagrante du droit de propriété de ces dernières leur réservant l'usage exclusif du nom et de l'enseigne du groupe enregistrés et déposés.

*95. Depuis cette date, aucune mesure n'a été prise par l'État du Niger pour remédier à ces différentes voies de fait »*²⁹.

50. Le 17 décembre 2010, AHS Niger a introduit deux recours gracieux contre l'Arrêté 106 et la Décision 799³⁰. Le 12 janvier 2011, AHS Niger a introduit quatre recours gracieux contre les quatre autres arrêtés mentionnés ci-dessus (v. *supra*, § 44)³¹. Tous ces recours

²⁷ Agence pour la Sécurité de la Navigation Aérienne en Afrique et à Madagascar.

²⁸ Dem. Mém., § 90.

²⁹ Dem. Mém., §§ 92-95.

³⁰ Pièces C19 et C20.

³¹ Pièce C25.

étaient adressés à M. le Ministre des Transports, du Tourisme et de l'Artisanat de la République du Niger.

51. N'ayant reçu aucune réponse du Gouvernement, AHS Niger a saisi en mai 2011, dans le délai imparti de deux mois à la suite du rejet implicite par le Gouvernement des recours gracieux, la Chambre Administrative de la Cour d'État de trois requêtes contentieuses en excès de pouvoir à l'encontre de l'Arrêté 106, de la Décision 799 et des quatre autres arrêtés mentionnés ci-dessus³².
52. L'arrêt no. 12-054 du 10 octobre 2012, transmis par les Demanderesses le même jour, indique que les recours en annulation contre l'Arrêté 106, la Décision 799, les Arrêtés 103, 104, 105, et 108 ont été jugés recevables par la Chambre Administrative de la Cour d'État du Niger, et que le recours en annulation contre la décision implicite de rejet du Ministre des Transport a été déclaré irrecevable. Sur le fond, la Cour a annulé l'Arrêté 106 pour avoir été pris « *sans motifs, en violation des articles 4 et 5 de la convention d'investissement et de l'article 9 de l'arrêté no. 066/MTT/A/DAC du 30 décembre 2003* » portant Cahier des Chargés. Partant, les Arrêtés 103, 104, 10, 106, 108 et la Décision 799 ont été également annulés et la Cour a mis les dépens à la charge du Trésor public.
53. A ce jour, le Tribunal Arbitral n'est pas informé des effets de cet arrêt du 10 octobre 2012. Le Tribunal ignore si l'exécution de cet arrêt a remis en état la Convention d'Investissement ou si elle a opéré une restitution, même partielle, des actifs dont les Demanderesses considèrent avoir été expropriées.

IV. RÉSUMÉ DE LA POSITION DES PARTIES

54. Le Tribunal rappellera de manière sommaire la position des Parties et en détaillera certains aspects si nécessaire dans son analyse.

³² Pièces C50 et C52.

IV.1 Position des Demanderesses

A. Sur la compétence

55. Selon les Demanderesses, elles remplissent les conditions de nationalité prévues par la Convention CIRDI.
56. MMEA est une société de droit luxembourgeois. Quant à AHS Niger, société de droit local, les parties à la Convention d'Investissement ont consenti à la considérer comme un non-ressortissant dès sa création. L'adjudicataire avait une obligation de se constituer en société de droit nigérien. Il était par ailleurs prévu par le Dossier d'Appel d'Offres que cette société serait majoritairement contrôlée par le partenaire stratégique étranger.
57. Dès lors, AHS Niger doit être considérée comme un non-national au sens de l'article 25(2)(b) de la Convention CIRDI et de l'article 6(2) du Code des Investissements³³. Le Niger a donné son accord implicite pour ce faire et entendait traiter AHS Niger comme un non-national, ce qui ressort des stipulations de la Convention d'Investissement et des avantages douaniers et fiscaux dont AHS Niger a bénéficié³⁴.
58. MMEA « doit être considérée comme l'entité effectivement visée par la mention « Menzies Aviation Group Partner » (sic) systématiquement associée à AHS Niger dans le visa et le corps de l'Arrêté d'agrément »³⁵.
59. Pour cette raison, MMEA doit être considérée comme ayant consenti à la Convention d'Investissement et à la clause compromissoire qui y est insérée, et est donc partie à la Convention d'Investissement et à l'acte d'agrément³⁶. Les Demanderesses invoquent la jurisprudence arbitrale CCI relative à l'extension de la clause d'arbitrage aux sociétés d'un même groupe.
60. Le consentement du Niger à l'arbitrage CIRDI en cas de litige avec un non-national se trouve à l'article 6 de la Convention d'Investissement qui vise le Code des Investissements, et constitue le consentement écrit du Niger requis par l'article 25(1) de

³³ Dem. Mém., §§109-133.

³⁴ Dem. Mém., §§ 147-148, §§150-151.

³⁵ Dem. Mem., § 139.

³⁶ Dem. Mém., §§ 142 et 144.

la Convention du CIRDI³⁷. Pour les Demanderesses, la clause compromissoire insérée à l'article 6 de la Convention d'Investissement opère un renvoi aux dispositions de l'article 6 du Code des Investissements et à la Convention CIRDI³⁸.

61. L'investissement en cause dans cette affaire est la participation de MMEA dans le capital d'AHS Niger, qui constitue un investissement au sens de l'article 11 du Code des Investissements, ainsi que les biens corporels et incorporels de AHS Niger³⁹.
62. Le différend entre les parties est d'ordre juridique et est en relation directe avec l'investissement.

B. Sur le fond.

63. Pour les Demanderesses, sont notamment applicables dans ce différend le Code des Investissements, le Règlement d'Appel d'Offres, le Cahier des Charges de 2003, les Arrêtés de 2004, et la Convention d'Investissement.
64. Les Demanderesses considèrent que le Niger a dénoncé la Convention d'Investissement et retiré l'agrément pour l'exercice d'assistance et d'auto assistance en escale de manière irrégulière, infondée et fautive, et a ainsi violé la Convention d'Investissement, la loi applicable et le droit international coutumier⁴⁰.
65. Le Niger n'a pas respecté les préalables contractuels et légaux, à savoir mise en demeure préalable et écrite, possibilité de suspension de l'agrément puis retrait, et en tout état de cause recherche d'une solution amiable au différend⁴¹.
66. S'agissant de l'abrogation de l'Arrêté d'agrément, le retrait ne pouvait intervenir qu'après une phase de mise en demeure de remédier aux manquements dans un délai de deux mois et à défaut une suspension temporaire de six mois⁴².
67. Par ailleurs, les Demanderesses relèvent l'absence au fond de toute justification à la dénonciation et au retrait mentionnés ci-dessus⁴³. Elles considèrent qu'AHS Niger n'a

³⁷ Dem. Mém., § 164 *et seq.*

³⁸ Dem. Mém., § 166.

³⁹ Requête, §§ 68-70.

⁴⁰ Dem. Mém., § 293.

⁴¹ Dem. Mém., §§ 228-242.

⁴² Dem. Mém., §§ 243-264.

aucunement méconnu ses obligations au regard de la Convention d'Investissement, du Code des Investissements et du Cahier des Charges.

68. Le Niger a violé de manière manifeste ses obligations commettant ainsi un excès de pouvoir⁴⁴ et a mis ces mesures en application par voie de contrainte, constitutive d'une voie de fait contraire aux articles 2 et 7 du Code des Investissements⁴⁵. Une voie de fait se définit comme « *un comportement constitué lorsque l'autorité administrative prend une décision ou commet une action manifestement insusceptible de se rattacher à un texte législatif ou réglementaire. C'est donc la gravité de l'irrégularité qui dénature l'action de l'administration, au point de la faire sortir du champ administratif* »⁴⁶. Elle est constituée lorsque l'action de l'Administration porte une atteinte grave à la propriété et comporte une irrégularité.
69. AHS Niger a fait l'objet d'une expropriation que rien ne justifiait⁴⁷.
70. Les Demanderesses soulignent que le Tribunal a compétence pour apprécier les conséquences financières et matérielles nonobstant l'existence d'un recours gracieux⁴⁸, lequel a fait l'objet d'un rejet implicite, qui a été annulé, ainsi que la décision contestée par le recours gracieux, par la Cour d'État (v. *supra*, § 52).
71. Les Demanderesses étaient en droit d'exploiter l'activité d'assistance et d'auto assistance en escale pendant encore quatre ans.
72. Elles ont droit à la réparation intégrale de leur préjudice matériel et moral, qui se décompose en un préjudice économique (perte de gain manqué et perte de ses biens), un préjudice moral, une atteinte à ses droits de propriété intellectuelle ainsi qu'au remboursement des frais relatifs à l'arbitrage, ce qui inclut les frais de conseils et d'expert⁴⁹.
73. L'évaluation du gain manqué est fondée sur une projection des bénéfices nets escomptés pour la période courant du 15 décembre 2010 jusqu'en février 2014, résultant entre

⁴³ Dem. Mém., §§ 266 *et seq.*

⁴⁴ Dem. Mém., § 299.

⁴⁵ Dem. Mém., § 300.

⁴⁶ Dem. Mém., § 318 citant l'avis juridique du Prof. Sur.

⁴⁷ Dem. Mém., §§ 304-312.

⁴⁸ Dem. Mém., § 302.

⁴⁹ Dem. Mém., § 320.

autres des projections d'évolution du chiffre d'affaires pour les années 2011 à 2014, soit un total de 2.634.302.000 F CFA (4.015.967,15 €)⁵⁰.

74. S'agissant de l'évaluation du préjudice au titre de l'expropriation des investissements réalisés par les Demanderesses (à savoir 2,1 milliards F CFA sur la période 2004-2010), elle est fondée sur la valeur nette comptable des Actifs et sur les Créances estimés à la somme globale de 944.336,95 £, soit F CFA 619.444.433 se décomposant en 410.382.837 F CFA pour la valeur nette comptable des Actifs et 209.061.596 F CFA pour les Créances⁵¹.
75. Les sommes dues au titre d'avances et de prêts faits au personnel équivalent à 40.758.174 F CFA, soit 62.135,44 €⁵².
76. Les Demanderesses demandent également réparation pour atteinte à leur image et à leur réputation commerciale. Elles invoquent, en outre, une atteinte à leurs droits de propriété intellectuelle (sigle et noms commerciaux) dans le cadre de l'exploitation par le Niger des équipements et uniformes sur lesquels les noms et sigles de Menzies et AHS sont apposés. Ce préjudice est estimé à 2.200.000 €⁵³.

C. Demande des Demanderesses

77. Les Demanderesses dans leur Mémoire du 14 novembre 2011 demandent au Tribunal de :

« 401. Constater la dénonciation irrégulière, infondée et fautive par l'État du Niger de la Convention d'Investissement ;

402. Constater le retrait irrégulier, infondé et fautif par l'État du Niger de l'Arrêté d'Agrément;

403. Constater que les Demanderesses se sont parfaitement conformées à leurs obligations contractuelles résultant de la Convention d'Investissement ;

En conséquence,

404. Déclarer que l'État du Niger n'a pas respecté ses obligations contractuelles aux termes de la Convention d'Investissement ;

⁵⁰ Dem. Mém., §§ 335-336.

⁵¹ Dem. Mém., § 337.

⁵² Dem. Mém., § 339.

⁵³ Dem. Mém., §§ 359-396.

405. Déclarer que l'État du Niger a également violé ses obligations légales au titre tant du Code des Investissements, que du Cahier des Charges;

406. Déclarer que l'État du Niger a abusivement et sans motif dénoncé la Convention d'Investissement et abrogé l'Arrêté d'agrément;

407. Par conséquent, condamner l'État du Niger au paiement des sommes couvrant l'intégralité du préjudice subi par AHS Niger et MMEA :

- Quatre millions quinze mille neuf cent soixante sept euros et cinquante et un cents (4.015.967,51 €) en compensation du gain manqué par AHS Niger et MMEA du fait de la résiliation anticipée irrégulière, infondée et fautive de la Convention d'Investissement et de l'arrêt brutal et immédiat des activités d'AHS Niger et MMEA ;
- Neuf cent quarante quatre mille trois cent trente six euros et quatre vingt quinze cents (944.336,95 €) en réparation du préjudice subi par AHS Niger et MMEA, réparation consistant au remboursement de la valeur nette comptable des Actifs expropriés et des Créances perdues;
- Soixante deux mille cent trente cinq euros et quarante quatre cents (62.135,44€) en indemnisation des sommes dues par le personnel d'AHS Niger réquisitionné par l'Etat du Niger, au titres d'avances et de prêts consentis par AHS Niger;
- Deux millions deux cent mille euros (2.200.000 €) en indemnisation du préjudice moral subi par AHS Niger et MMEA au titre de l'atteinte à leur image et à leur réputation sur le continent africain et le proche Orient, ainsi qu'à leurs droits de propriété intellectuelle ;
- Les intérêts avec capitalisation sur les montants susvisés et ce, à compter du 14 décembre 2010, date de l'abrogation de l'Arrêté d'agrément;
- Tous les frais relatifs à l'arbitrage, incluant les honoraires d'avocats, ainsi que les frais de tout expert, notamment financier et juridique, engagé par AHS Niger et MMEA dans le cadre de la présente procédure »⁵⁴.

IV.2 Position de la Défenderesse

78. Dans son Mémoire du 6 avril 2011 soumis avant l'enregistrement de la Requête, le Niger s'est opposé à l'enregistrement par le Centre de la Requête, au motif que le différend excéderait manifestement la compétence du Centre.

79. Les motifs invoqués par le Niger étaient :

⁵⁴ Dem. Mém., §§ 404-407.

- l'absence de consentement écrit du Niger. Selon le Code des Investissements, le seul document reconnu pour prouver l'acceptation du Niger est l'acte d'agrément, qui ne contient pas de référence à l'arbitrage CIRDI⁵⁵ ;
- la nationalité nigérienne d'AHS Niger, que le Niger n'a pas consenti à traiter comme un ressortissant d'un autre État⁵⁶ ;
- le fait que MMEA n'est pas partie à la Convention d'Investissement, et partant « *ne saurait agir dans le cadre d'une convention à laquelle elle n'est pas partie* »⁵⁷.

V. COMPÉTENCE

80. La Défenderesse ayant fait défaut, il appartient au Tribunal d'examiner si le différend est de la compétence du Centre et de la sienne conformément aux dispositions de l'article 42(4) du Règlement d'arbitrage.

V.1 Dispositions applicables

81. L'article 6 de la Convention d'Investissement du 15 décembre 2004 dispose :

« Les différends nés de l'interprétation ou de l'application du présent Protocole sont réglés à l'amiable. A défaut d'accord amiable entre les 2 parties, les différends donneront lieu à un règlement par voie d'arbitrage conformément aux dispositions en vigueur au Niger en matière de règlement de différends relatifs aux investissements. »

82. L'article 6 du Code des Investissements de 1989 dispose :

« Art. 6.- Le règlement des différends relatifs à la validité, à l'interprétation ou à l'application de l'acte d'agrément et à la détermination éventuelle de l'indemnité due à la méconnaissance ou à la violation des engagements fera l'objet de l'une des procédures d'arbitrage ci-après à déterminer dans l'acte d'agrément.

1) [arbitrage ad hoc et ex aequo bono].

2) La possibilité pour les non nationaux de recourir au Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) créé par

⁵⁵ Déf. Mém. 6 avril 2011, p. 5. Pour le Niger, l'acte d'agrément est l'Arrêté 16 (v. *supra*, § 35) ce qui est contesté par les Demanderesses.

⁵⁶ Déf. Mém. 6 avril 2011, p. 6.

⁵⁷ Déf. Mém. 6 avril 2011, p. 7.

la convention du 18 mars 1965 de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement (BIRD) ».

83. Les dispositions pertinentes de l'article 25 de la Convention du CIRDI sont les suivantes :

« (1) La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État 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) « R ressortissant d'un autre État contractant » signifie :

(a) toute personne physique qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État 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'État contractant partie au différend ;

(b) toute personne morale qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État 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'État 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 État contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers. »

84. Le Tribunal relève que, comme indiqué par les Demanderesses, il n'existe aucun traité bilatéral de protection et de promotion des investissements entre le Niger et le Luxembourg⁵⁸.
85. Le Tribunal commencera par examiner sa compétence *ratione personae*, puis *ratione voluntatis*, et enfin *ratione materiae*.

V.2 Compétence *ratione personae*

86. Le Tribunal doit examiner la condition de nationalité au regard tant du Code des Investissements que de la Convention du CIRDI, cités ci-dessus.

⁵⁸ Dem. Lettre, 21 mars 2011, p. 5.

A. Le Niger

87. Il ne fait pas de doute que la Défenderesse est un État Contractant au sens de la Convention du CIRDI. La Convention du CIRDI est entrée en vigueur vis-à-vis du Niger le 14 décembre 1966.

B. MMEA

88. Le Code des Investissements s'applique aux personnes physiques ou morales, quelle que soit leur nationalité, dès lors qu'elles exercent une activité dans l'un des secteurs visés par le Code, y compris le secteur aérien⁵⁹.

89. MMEA est une société de droit luxembourgeois. MMEA est bien un non-national au sens de l'article 6(2) du Code des Investissements mentionné ci-dessus.

90. Le Tribunal ne doute pas non plus, et ce point n'a pas été contesté, qu'il s'agit d'un ressortissant d'un État Contractant autre que le Niger pour les besoins de la Convention de Washington. La Convention du CIRDI est entrée en vigueur vis-à-vis du Luxembourg le 29 août 1970.

C. AHS Niger

91. AHS Niger est une société constituée selon le droit nigérien, dont le siège social est à Niamey, et dont toutes les activités étaient basées au Niger. Les questions qui se posent sont néanmoins celles de savoir si (i) pour les besoins du Code des Investissements AHS Niger peut être considérée comme un « *non-national* » ayant accès à un arbitrage CIRDI, et si (ii) elle peut être considérée comme un « *ressortissant d'un autre État contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers* » au sens de l'article 25(2)(b) de la Convention de Washington.

1. Position des Parties

92. Selon les Demanderesses, « *la nationalité réelle d'une société créée pour les nécessités d'une adjudication sous la forme d'une société de droit local ne se détermine*

⁵⁹ Pièce C32, article 2.

évidemment pas uniquement à la lumière de son siège statuaire et de son lieu d'immatriculation »⁶⁰.

93. Selon les Demanderesses, en droit nigérien, pour déterminer la nationalité d'une société, « *il y a lieu de tenir compte, au-delà du critère de son siège social statuaire, du faisceau d'indices constitué par les circonstances de sa constitution* »⁶¹. Elles se fondent sur un jugement de la Cour de cassation française, qui a précisé que le critère du siège statuaire d'une société ne constitue qu'une présomption simple susceptible d'être renversée si le centre de direction effective est situé en un autre lieu⁶². Toujours selon les Demanderesses, cette jurisprudence « *est parfaitement applicable au regard du droit nigérien qui est similaire en la matière au droit français comme en atteste la teneur de l'Acte Uniforme portant sur les sociétés commerciales et le GIE* »⁶³.
94. Enfin, selon le Mémoire des Demanderesses, « *[c]ette disposition du Code des Investissements doit être analysée à la lumière des dispositions de l'article 25 (2) (b) de la Convention CIRDI lequel a une autorité supérieure à celle des lois en droit interne nigérien conformément à l'article 171 de la Constitution du Niger du 26 novembre 2010* »⁶⁴.
95. Pour les Demanderesses, AHS Niger remplit les conditions de « *non-national* » du Code des Investissements pour les trois raisons suivantes⁶⁵ :
96. Premièrement, la Défenderesse souhaitait s'associer à un opérateur reconnu sur le marché international et de nationalité étrangère. C'est pour cette raison que MMEA a été choisie et AHS Niger n'a été créée que pour les besoins de la procédure d'adjudication et conformément aux articles 3 et 4 de l'Arrêté 66 de 2003, en application duquel la Convention d'Investissement a été conclue. En outre, la Défenderesse associait AHS Niger à MMEA dans l'Arrêté 16 du 19 février 2004⁶⁶.

⁶⁰ Dem. Lettre, 18 avril 2011, p. 1.

⁶¹ Dem. Lettre, 5 avril 2011, p. 5.

⁶² Dem. Mém., §§ 130-132.

⁶³ Dem. Lettre, 5 avril 2011, p. 6 ; Dem. Mém., §§ 130-132.

⁶⁴ Dem. Mém., § 104.

⁶⁵ Dem. Lettre, 5 avril 2011, pp. 2-9; Dem. Lettre, 7 avril 2011, pp. 5-6; Dem. Mém., §§ 108-133.

⁶⁶ Dem. Lettre, 5 avril 2011, pp. 2-4; Dem. Mém., 14 novembre 2011, §§ 109-122.

97. Deuxièmement, le capital de AHS Niger est majoritairement détenu par des non-nationaux, la participation de MMEA dans AHS Niger constituerait un investissement au sens de l'article 11 du Code des Investissements, aucun des administrateurs d'AHS Niger n'est de nationalité nigérienne, et sa direction effective est assurée au Luxembourg⁶⁷.
98. Troisièmement, il y aurait accord implicite de la Défenderesse de traiter AHS Niger comme un non-national. Selon les Demanderesses, ceci s'infère des termes de la Convention d'Investissement, notamment des engagements suivants, qui ne seraient « *pris qu'envers les non-nationaux* » :
- la garantie de l'attribution de devises étrangères en vue d'assurer le paiement des fournisseurs étrangers (article 2) ;
 - la protection contre des mesures « *d'expropriation ou de nationalisation* » (article 2), conformément à l'article 7 du Code des Investissements ;
 - l'exonération de taxes (article 2) ;
 - l'obligation de « *tenir une comptabilité conformément au système comptable en vigueur au Niger* » (article 4) ; et
 - l'obligation de respecter la réglementation nigérienne en matière sociale (article 4)⁶⁸.
99. Le Tribunal note que les Demanderesses se fondent également sur ces trois raisons pour prétendre que les Parties sont convenues de traiter AHS Niger comme ressortissant d'un État autre que le Niger au sens de l'article 25(2)(b) de la Convention du CIRDI⁶⁹.
100. Au contraire, selon la Défenderesse, « *la présence de capitaux étrangers et l'exercice de la direction par un ressortissant étranger ne sauraient de par le droit commun nigérien, conférer la nationalité étrangère à AHS Niger ; la nationalité devant nécessairement être appréciée au regard de ses statuts et inscription au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier* »⁷⁰.

⁶⁷ Dem. Lettre, 5 avril 2011, pp. 4-6; Dem. Lettre, 7 avril 2011, p. 6; Dem. Mém., §§ 123-127.

⁶⁸ Lettre Dem., 5 avril 2011, pp. 6-9; Lettre Dem., 7 avril 2011, p. 6.

⁶⁹ Dem. Mém., 14 novembre 2011, §§ 108, 133, 156.

⁷⁰ Lettre Déf., 12 avril 2011, p. 2.

101. D'après la Défenderesse,

« ... le point II du règlement d'appel d'offres prouve à suffisance que l'État du Niger a expressément entendu exclure de la convention d'investissement toute personne morale de droit étranger (dès l'instant où obligation était faite au candidat de se constituer en société de droit nigérien). »⁷¹

« L'article 2 de la Convention d'investissement du 15 décembre 2004 ne saurait non plus être interprété dans le sens de considérer AHS Niger s.a. comme une personne morale de droit étranger puisqu'il n'est qu'une reprise des avantages offerts par le Code des investissements en République du Niger à tout investisseur même national. »⁷²

« ... les privilèges et avantages accordés à AHS Niger ne sauraient être considérés comme un 'accord implicite de l'État de traiter la société de droit local comme un non national' dans la mesure où ceux-ci ne sont pas liés à la nationalité du cocontractant de l'État mais plutôt à la nature de l'activité qu'il exerce ou qu'il désire exercer. »⁷³

2. Décision du Tribunal

102. Le Tribunal doit tout d'abord revenir sur les faits de cette affaire dans le but de dégager la volonté des Parties concernant le statut de la société AHS Niger (a), pour ensuite analyser la légitimité de cette dernière à se prévaloir de la qualité de non-national ou de ressortissant étranger tant au regard du Code des Investissements (b) que de la Convention du CIRDI (c).

a) Le statut de AHS Niger

103. En ce qui concerne la constitution de la société AHS Niger, le Tribunal constate que AHS Niger a été constituée en tant que société nigérienne pour les besoins du projet et comme condition nécessaire imposée par l'Appel d'Offres lancé par le Ministère des Transports de la République du Niger⁷⁴.

104. Ceci s'explique par le fait que, d'une part, comme il est clairement indiqué sur la page de couverture du Dossier d'Appel d'Offres, il s'agit d'un « *Appel d'Offres International* » visant à attirer un « *partenaire stratégique* » « *dont le professionnalisme [est] reconnu*

⁷¹ Déf. Mém., 6 avril 2011, p. 6.

⁷² Déf. Mém., 6 avril 2011, p. 6.

⁷³ Lettre Déf., 12 avril 2011, p. 2.

⁷⁴ Règlement d'Appel d'Offres international (Décembre 2003), § II à la p. 2 « *Le candidat devra se constituer en société de droit nigérien. Cette société pourra ouvrir son capital à d'autres partenaires* » (pièce C4). V. aussi le Mémoire d'information du Dossier d'Appel d'Offres, pp. 12-13 (pièce C4).

par les compagnies aériennes internationales »⁷⁵. Donc, l'Appel d'Offres visait nécessairement un partenaire étranger. D'autre part, comme expliqué dans le Mémoire d'information du Dossier d'Appel d'Offres, il était prévu que ce « partenaire stratégique » soit associé (tout en conservant le contrôle) à « des privés nigériens avec éventuellement une participation symbolique de l'Etat ». Il fallait donc constituer une société au Niger pour permettre cette participation (minoritaire) de nationaux nigériens et éventuellement celle de l'État du Niger.

105. En effet, le Dossier d'Appel d'Offres International prévoyait :

«... il y a lieu de trouver un repreneur dont le professionnalisme est reconnu par les compagnies aériennes internationales qui puisse donner les garanties suivantes :

- *renouveler les investissements en matériel techniques indispensables à l'activité ;*
- *souscrire une police internationale d'assurance pour les risques de l'activité (personnel, machine, tiers etc. ...) ;*
- *former et maintenir la qualification sur tous les types d'aéronefs du personnel technique appelé à exercer le handling ;*
- *Recruter tout ou parties du personnel de l'ancienne Air Afrique. »*
(Souligné dans le texte)

« 3.3.2.3. Lancement d'un avis d'appel d'offre pour le choix d'un partenaire stratégique

Une société de droit nigérien sera créée à cet effet avec la participation majoritaire du partenaire stratégique.

Les autres actionnaires seront des privés nigériens avec éventuellement une participation symbolique de l'État.

- *Les soumissionnaires doivent notamment remplir les conditions suivantes :*
- *une situation financière saine ;*
- *une capacité technique reconnue au niveau international ;*
- *une capacité à souscrire à une police d'assurance couvrant les risques sur le plan international ;*
- *un engagement à réaliser à court terme des investissements prioritaires minima ;*
- *un engagement à fournir des prestations conformes aux normes internationales ;*

⁷⁵ Pièce C4.

- un engagement à respecter l'environnement ;
- un engagement à respecter la législation sociale en vigueur au Niger ;
- un engagement à payer une redevance de concession. »⁷⁶ (souligné dans le texte)

106. Le Cahier des Charges annexé au Dossier d'Appel d'Offres International prévoyait quant à lui que :

*« L'exercice de l'activité d'assistance ou d'auto assistance en escale par un prestataire ou un transporteur aérien est subordonné à l'obtention d'un agrément délivré par le Ministre chargé de l'Aviation Civile. »*⁷⁷

« Toute personne physique ou morale souhaitant être agréée pour l'assistance ou l'auto assistance en escale doit satisfaire les critères suivants :

*- être dûment constituée en société de droit nigérien ».*⁷⁸

107. La nécessité d'un partenaire étranger et le rôle de celui-ci, tant lors de l'Appel d'Offres que dans la gestion de AHS Niger, ressortent également des attestations de témoins versées aux débats.

108. Ainsi, M. Pierre Agbogba, Président du Conseil d'administration de AHS Niger depuis 2004, a indiqué :

« Dans le cadre des négociations entre notre groupe et l'État du Niger, il était évident que la société d'exploitation de droit nigérien que nous devons constituer serait considérée et traitée, en ce qui concerne la réglementation des investissements internationaux, comme un ressortissant étranger dans la mesure où notre groupe était évidemment accueilli comme un investisseur étranger, ce qui résulte de toute la démarche de l'appel d'offre.

C'est pour cette raison que l'État du Niger avait précisé et a insisté pour que la société de droit nigérien devant exploiter le marché soit majoritairement détenue par l'adjudicataire étranger.

*Les représentants de l'État du Niger me l'ont d'ailleurs confirmé car ils voulaient s'assurer que la société de droit nigérien détenue par notre groupe dispose de la surface financière lui permettant d'effectuer les importants investissements rendus indispensables du fait de la vétusté du matériel et des équipements techniques nécessaires à l'exercice de l'activité d'assistance en escale. »*⁷⁹ (soulignement ajouté).

⁷⁶ Pièce C4, p. 12.

⁷⁷ Pièces C4 et C6, article 3.

⁷⁸ Pièces C4 et C6, article 4.

⁷⁹ Attestation de M. Agbogba du 18 octobre 2011, § 29.

109. De plus, M. Forsyth Rutherford Black, Senior Vice President Africa and Middle-East de Menzies Aviation PLC, a déclaré :

« Dans le cadre des négociations entre notre groupe et l'État du Niger, il était évident que la société d'exploitation de droit nigérien que nous devons constituer serait considérée et traitée, en ce qui concerne la réglementation des investissements internationaux, comme un ressortissant étranger.

C'est pour cette raison que l'État du Niger avait précisé et a insisté pour que la société de droit nigérien soit majoritairement détenue par l'adjudicataire. Il était donc évident qu'il incomberait à l'adjudicataire d'assurer à ce titre la gouvernance et le contrôle des activités de la filiale de droit nigérien.

La préoccupation de l'État du Niger était de s'assurer que la société de droit nigérien puisse effectuer les importants investissements rendus indispensables du fait de la vétusté du matériel techniques nécessitant l'exercice de l'activité de l'assistance et dispose de la surface financière du groupe. »⁸⁰ (soulignement ajouté).

« ... pour MENZIES AVIATION GROUP-AHS, il a donc toujours été clair que l'État du Niger a entendu traiter en réalité avec nous et non avec la société de droit nigérien qui, selon les termes même de l'appel d'offres international, devait être placée sous contrôle étranger »⁸¹ (soulignement ajouté).

110. Aux yeux du Tribunal Arbitral, ces témoignages ne sont pas contredits par les autres éléments de preuve apportés qui, à plusieurs égards, les confirment⁸². En outre, le Niger n'a pas considéré nécessaire de contester les témoignages de MM. Agbogba, Riff et Black ni de demander leur interrogatoire en audience.
111. Le Tribunal est donc convaincu que l'Appel d'Offres visait un partenariat stratégique avec une société étrangère reconnue mondialement dans le milieu des services aéroportuaires.
112. En l'espèce, une société étrangère a répondu à cet Appel d'Offres et s'est vue octroyer le marché. En effet, la réponse à l'Appel d'Offres est libellée « *Offre de services de Menzies Aviation Group – AHS* »⁸³. Comme expliqué dans cette offre, Menzies Aviation

⁸⁰ Attestation de M. Black du 13 octobre 2011, § 17. Le Tribunal remarque que suite à une erreur de mise en forme (qui n'affecte pas le contenu de la déclaration), la numérotation des paragraphes n'est pas identique dans les versions française et anglaise de la déclaration. Le Tribunal prendra comme référence la version française de la déclaration de M. Black.

⁸¹ *Idem*, § 20.

⁸² V. notamment les pièces C1, C4, C6, C8, C34, C35, C38, C39, C40 et C41.

⁸³ Pièce C8.

- Group (MAG) « opère en Afrique de l'Ouest , en Afrique Centrale et en Afrique du Nord à travers Aviation Handling Services SA ('AHS') »⁸⁴. Ceci a été confirmé par les Demanderesses dans leur réponse aux questions posées par le Tribunal, lorsqu'elles ont clarifié que AHS⁸⁵ est, depuis 2003, le partenaire exclusif de Menzies Aviation Group en Afrique et Moyen Orient et fait partie du réseau mondial Menzies Aviation Group⁸⁶.
113. Il n'y a donc aucun doute que c'est cette offre de Menzies Aviation Group – AHS qui a été retenue⁸⁷. Ceci est confirmé par la lettre du 8 février 2004 adressée par M. le Ministre des Transports du Niger à M. le Président de Aviation Handling Services à Dakar l'informant que « votre groupe a été déclaré adjudicataire »⁸⁸.
114. Conformément à ses engagements et en stricte application des conditions fixées par l'Appel d'Offres, Menzies Aviation Group-AHS a choisi ses affiliées Menzies Afrique SA, société de droit luxembourgeois (aujourd'hui, Menzies Middle East and Africa SA - MMEA) et AHS International Ltd pour constituer, le 18 février 2004, la société de droit nigérien Aviation Handling Services Niger – AHS Niger⁸⁹.
115. Lors de sa constitution, le 18 février 2004, AHS Niger était donc sous contrôle majoritaire luxembourgeois⁹⁰. La déclaration de souscription et de versement du capital de AHS Niger montre que MMEA (sous son ancienne dénomination, Menzies Afrique S.A.⁹¹) détenait 75% des actions de AHS Niger⁹². Le contrôle en février 2004 apparaît direct et majoritaire - la part de 75% de MMEA permet à cette société d'atteindre seule le quorum aux assemblées ordinaires et extraordinaires⁹³ et d'emporter les décisions⁹⁴. Dans ses écritures, le Niger confirme d'ailleurs que « le collectif *MENZIES AVIATION*

⁸⁴ *Idem*, p.3 de l'Offre Financière.

⁸⁵ Le siège social de AHS se trouve à Dakar (Sénégal), v. pièces C48, C61 et C62.

⁸⁶ V. Lettre des demanderesses du 31 août 2012, pp. 8-9.

⁸⁷ V. Rapport d'évaluation des offres du 2 février 2004 (pièce C47).

⁸⁸ Pièce C48.

⁸⁹ Pièces C1 et C33.

⁹⁰ Pièce C33.

⁹¹ V. Procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire du 18 mars 2011 (pièce C36).

⁹² *Idem*.

⁹³ Pièce C1, articles 27(2)-(3) et 28(2).

⁹⁴ Pièce C1, articles 27(4) et 28(3).

GROUP/AHS fut déclaré adjudicataire » et confirme également le contrôle de AHS Niger⁹⁵.

116. Le Tribunal relève que les administrateurs de AHS Niger nommés à sa création étaient tous non-nigériens⁹⁶. De même, le Directeur Général a toujours été de nationalité non-nigérienne depuis 2004⁹⁷. Le Directeur Général d'AHS Niger à sa création, M. Willem Debeurme, était le représentant de Menzies Afrique SA⁹⁸.
117. Selon M. Black, Menzies Afrique SA, désormais MMEA, « *avait été choisie pour être l'actionnaire majoritaire, mais également pour assurer la direction et le contrôle effectif de la société de droit nigérien que l'adjudicataire avait l'obligation de constituer* »⁹⁹.
118. Il ressort de l'attestation de M. Rachid Riffi, Directeur Général de AHS Niger entre le 15 août 2010 et la fin 2010, que toutes les décisions majeures, et qui ne relèvent pas de la gestion courante, « *sont toujours validé[e]s ou autorisé[e]s avant leur mise en œuvre par Menzies Afrique SA et ses administrateurs. Par ailleurs, des reporting opérationnels et financiers hebdomadaires sont envoyés aux sièges de Menzies Afrique et Menzies Aviation* »¹⁰⁰.
119. De même, selon M. Riffi, « *tous les investissements ayant permis l'acquisition des actifs d'AHS Niger nécessaires à l'exercice de ses activités d'assistance en escale ont été financés par concours bancaires garantis par Menzies Afrique SA et par injection de capitaux de cet actionnaire majoritaire d'AHS Niger* »¹⁰¹.
120. Le 19 février 2004, soit 24 heures à peine après la constitution de AHS Niger, le Ministre des Transports et du Tourisme (à l'époque, M. Souleymane Kane) a pris l'Arrêté 16 portant agrément pour les services visés dans l'Appel d'Offres¹⁰². Cet arrêté était déjà envisagé dans le Cahier des Charges de l'Appel d'Offres¹⁰³.

⁹⁵ V. Déf. Mém. 6 avril 2011, p. 2.

⁹⁶ V. Résolution du Conseil d'Administration du 19 février 2004 (pièce C39). V. aussi, attestation de M. Rachid Riffi du 4 avril 2011 (pièce C42).

⁹⁷ Attestation de M. Rachid Riffi du 4 avril 2011.

⁹⁸ Attestation de M. Agbogba, précitée, § 28.

⁹⁹ Attestation de M. Black, précitée, § 15.

¹⁰⁰ Attestation de M. Riffi, 4 avril 2011.

¹⁰¹ *Idem.*

¹⁰² Pièce C3.

¹⁰³ Pièce C4, Arrêté No. 66 MT7DAC du 30 décembre 2003, article 6.

121. Le Tribunal Arbitral constate que l'Arrêté 16 fait référence au Cahier des Charges visé dans le Dossier d'Appel d'Offres et, à plusieurs reprises, identifie la société « *AVIATION HANDLING SERVICES NIGER S.A. (MENZIES AVIATION GROUP PARTNER)* » comme étant l'entité agréée pour l'exercice des activités visées dans l'Appel d'Offres.
122. Pour le Tribunal il n'existe aucun doute que l'Arrêté 16 visait le groupement Menzies Aviation Group-AHS à travers la mention Aviation Handling Services Niger S.A. (Menzies Aviation Group Partner). Le Tribunal estime, à la lumière des éléments de preuve apportés, que la référence (entre parenthèses) au Menzies Aviation Group montre clairement que l'État du Niger, par la voix de son Ministère des Transports, comprenait, acceptait et reconnaissait que son partenaire et prestataire agréé était en fait des sociétés appartenant au « *Menzies Aviation Group* » (en particulier, MMEA en tant qu'actionnaire majoritaire de la toute récente société AHS Niger), de nationalité autre que nigérienne, et que, suivant les instructions de l'État, ces sociétés venaient de constituer une société nigérienne jusqu'alors inexistante. De ce fait, l'État du Niger comprenait, acceptait et reconnaissait que la société AHS Niger était, de facto, en ce qui concerne le traitement de son investissement, ressortissante d'un autre pays que le Niger.
123. C'est dans ces contexte et circonstances que, dix mois plus tard, le Niger (de nouveau sous la signature de M. Soulaymane Kane¹⁰⁴, Ministre des Transports, et les signatures des Ministres de Commerce et de l'Economie et Finances), va conclure la Convention d'Investissement du 15 décembre 2004, qui est au cœur du présent différend¹⁰⁵.

b) A l'égard du Code des Investissements

124. Le Dossier d'Appel d'Offres vise le Code des Investissements comme l'un des éléments fondamentaux de l'environnement législatif et réglementaire dont bénéficierait l'adjudicataire¹⁰⁶. Comme déjà indiqué, le Code des Investissements s'applique aux personnes physiques ou morales, quelle que soit leur nationalité, dès lors qu'elles exercent des activités dans l'un des secteurs visés par le Code, y compris le secteur aérien¹⁰⁷. Le Code des Investissements contient cependant une disposition spécifique aux

¹⁰⁴ M. Kane était aussi le Ministre lorsque l'Arrêté 16 a été pris (v. *supra*, ¶ 120).

¹⁰⁵ Pièce C7.

¹⁰⁶ Pièce C4, pp. 6-7.

¹⁰⁷ Pièce C32, article 2.

non-nationaux en son article 6, en matière de règlement de litiges, d'où le Tribunal déduit que ce texte reconnaît la notion de non-national, même s'il ne la définit pas. L'unique spécificité que cette disposition reconnaît aux non-nationaux est la possibilité de recourir à un arbitrage CIRDI, ce qui conduit le Tribunal à considérer que la définition du non-national au sens du Code des Investissements, soit est identique à la définition donnée par la Convention CIRDI, soit doit être interprétée comme prenant en compte les critères dégagés par rapport à la Convention CIRDI.

125. D'autres considérations doivent aussi être prises en compte et le Tribunal tient à rappeler que l'Appel d'Offres visait en particulier un partenariat stratégique avec une société étrangère reconnue mondialement dans le milieu de services aéroportuaires¹⁰⁸.
126. En l'espèce, Menzies Aviation Group – AHS a demandé à bénéficier du Régime B du Code des Investissements¹⁰⁹ mais semble avoir finalement bénéficié du Régime C¹¹⁰, dit aussi régime conventionnel, accordé « *aux grandes entreprises présentant une importance exceptionnelle pour l'exécution des programmes nationaux de développement économique et social* »¹¹¹. Il faut remarquer que le régime C est accordé par une convention passée entre l'entreprise bénéficiaire et l'État¹¹². D'après l'article 36(f) du Code des Investissements, cette convention définit, notamment, « *la procédure d'arbitrage qui sera mise en œuvre en cas de litige entre les parties* ».
127. Bien que le régime C ne soit pas lié à une condition de nationalité, le Tribunal considère que le contenu de la Convention d'Investissement permet d'éclairer la position de l'État du Niger vis-à-vis de la nationalité de l'investisseur, au sens du Code des Investissements. Le Tribunal constate ainsi que certains des avantages dont a bénéficié AHS Niger dans la Convention d'Investissement sont par nature réservés à des investisseurs étrangers. Ceci est notamment le cas des exonérations fiscales, surtout lorsque celles-ci sont presque totales et pour une période significative, ainsi que de

¹⁰⁸ V. *supra*, ¶¶ 104 et seq.

¹⁰⁹ V. Réponse à l'Appel d'Offres, p. 9 (pièce C8).

¹¹⁰ V. pièce jointe à la lettre réf. 421 du 19 septembre 2011 du Ministère des Transports (pièce C-55) : « *La société AHS Niger SA, pour bien mener ses activités techniques, a sollicité et obtenu auprès du gouvernement le bénéfice du régime C du code des investissements. Ce bénéfice est matérialisé par la signature d'une convention qui engage les deux parties.* » (souligné dans le texte).

¹¹¹ Code des Investissements, article 30 (pièce C32).

¹¹² *Idem*, article 31.

l'accès aux devises étrangères et, plus important, de l'interdiction de toute mesure d'expropriation ou de nationalisation (v. art. 2 de la Convention d'Investissement).¹¹³

128. Au vu, d'une part, de ces éléments factuels, qui s'ajoutent aux considérations développées au point (a) ci-dessus, et, d'autre part, de la position présentée ci-après au sujet de la notion de non-national au sens de la Convention CIRDI, le Tribunal conclut que l'intention des Parties de considérer AHS Niger comme étant d'une nationalité autre que la nationalité nigérienne¹¹⁴ permet de considérer AHS Niger comme un « *non-national* » au sens du Code des Investissements.
129. Au regard du Code des Investissements, le caractère de « *non-national* » acquiert de l'importance seulement en matière de règlements de litiges. En effet, tel que cela ressort de son article 6, seuls les non-nationaux ont la possibilité de recourir à l'arbitrage CIRDI.
130. Il faut maintenant examiner si les conditions de nationalité exigées par la Convention du CIRDI sont remplies.

c) A l'égard de la Convention CIRDI

131. La question qui se pose dans cette sous-section est celle de savoir si AHS Niger, société de droit nigérien, peut être une partie demanderesse en application de la deuxième partie de l'article 25(2)(b) de la Convention CIRDI qui dispose :

« Ressortissant d'un autre État contractant » signifie [...]

toute personne morale qui possède la nationalité de l'État contractant partie au différend à la même date [date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à l'arbitrage] et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre État contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers » (soulignement ajouté).

132. Un accord des Parties pour traiter AHS Niger comme un national d'un autre État Contractant en raison du contrôle étranger à la date du consentement à l'arbitrage doit donc être établi.

¹¹³ Le Tribunal remarque à cet égard que le Code des Investissements (applicable à tous les investisseurs sans considération de leur nationalité) offre une protection moindre et permet l'expropriation ou la nationalisation en cas d'utilité publique prévue par la loi (v. art. 7 du Code des Investissements).

¹¹⁴ V. *supra*, § 122.

133. La date de la Convention d'Investissement qui, selon les Demanderesses, contiendrait le consentement à l'arbitrage est le 15 décembre 2004. Le Tribunal prendra donc cette date comme date de référence du consentement pour déterminer si la condition objective de contrôle étranger exercé sur AHS Niger est remplie.
134. Il découle de l'examen de l'actionnariat de AHS Niger au moment de sa constitution (v. *supra*, §§ 115 *et seq.*), que le contrôle exercé sur AHS Niger provenait d'une société ressortissante d'un État contractant de la Convention du CIRDI.
135. En réponse à une question posée par le Tribunal, les Demanderesses ont confirmé que ce contrôle n'avait pas changé au 15 décembre 2004¹¹⁵. La déclaration de M. Riffi le confirme également¹¹⁶.
136. Le Tribunal constate donc qu'au 15 décembre 2004, date de la Convention d'Investissement, AHS était sous contrôle étranger et, plus particulièrement, d'un ressortissant d'un État contractant de la Convention CIRDI. Le Tribunal doit maintenant examiner si les parties à la Convention d'Investissement sont convenues de traiter AHS Niger comme un ressortissant d'un autre État en raison de ce contrôle.
137. Le Tribunal relève que ce type d'accord se trouve généralement dans l'instrument qui contient le consentement à l'arbitrage ou peut être donné par acte séparé. Cependant, plusieurs décisions ont reconnu qu'un tel accord peut être implicite¹¹⁷. La présence d'une clause CIRDI, par exemple, a été reconnue comme un élément indicatif d'un tel accord¹¹⁸. Un tel accord a été également déduit du fait que des avantages réservés aux investisseurs étrangers ont été accordés à la société de droit local¹¹⁹.
138. Par ailleurs, le Tribunal note que le tribunal dans l'affaire *LETCO c. Libéria* a retenu que « [...] *unless circumstances clearly indicate otherwise, it must be presumed that where*

¹¹⁵ V. Lettre des Demanderesses au CIRDI du 31 août 2012, p. 10.

¹¹⁶ Pièce C42.

¹¹⁷ Schreuer, Article 25, §§ 775-794.

¹¹⁸ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres c. République du Cameroun et Société camerounaise des Engrais*, Aff. CIRDI No. ARB/81/2, Sentence, 21 octobre 1983, 2 ICSID Report 16 ; *LETCO c. Libéria*, Aff. No. CIRDI ARB/83/2, Décision sur la compétence, 24 octobre 1984, 2 ICSID Report 349, p. 352, JP 15.

¹¹⁹ *CableTelevision of Nevis, Ltd. and CableTelevision of Nevis Holdings, Ltd c. Fédération de St Kitts et Nevis*, Aff. CIRDI No. ARB/95/2, Sentence, 13 janvier 1997, §§ 5.17-5.18, JP 16.

*there exists foreign control, the agreement to treat the company in question as a foreign national is 'because' of this foreign control »*¹²⁰.

139. Le Tribunal considère que la décision LETCO (qui a aussi inspiré le tribunal dans l'affaire *Millicom c. Sénégal*¹²¹) est particulièrement intéressante dans la mesure où le tribunal a considéré que l'obligation de constituer une société de droit local renforçait la présomption d'un accord de l'État de traiter cette dernière comme non-ressortissante tirée de la présence d'une clause compromissoire CIRDI dans la convention en cause¹²².
140. Dans la présente affaire, il n'y a pas, à proprement parler, de « clause compromissoire CIRDI » dans la Convention d'Investissement. Toutefois, cette dernière renvoie au Code des Investissements qui vise la possibilité de recourir à l'arbitrage du CIRDI pour les « *non-nationaux* » et le Tribunal Arbitral est déjà parvenu à la conclusion que le Niger a considéré AHS Niger comme étant d'une nationalité autre que la nationalité nigérienne¹²³.
141. Dans son Mémoire en Défense du 6 avril 2011, la Défenderesse prétend que le Tribunal constate que la nationalité (nigérienne) de AHS Niger est de nature à priver le Tribunal de compétence à son égard et soutient à ce propos qu'en exigeant la constitution d'une société de droit du Niger, l'État « *a expressément entendu exclure de la convention d'investissement toute personne morale du droit étranger* »¹²⁴.
142. Le Tribunal Arbitral considère que le raisonnement du Niger ne peut pas être suivi.
143. Premièrement, comme le Tribunal l'a déjà remarqué¹²⁵, le comportement des Parties, et particulièrement du Niger, constitue une reconnaissance au moins implicite de la qualité de non-national de AHS Niger.
144. Deuxièmement, de l'opinion du Tribunal, le comportement des Parties dénote également une croyance légitime de la part de AHS Niger, et de ses actionnaires majoritaires, que

¹²⁰ *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. Libéria*, Sentence du 31 mars 1986, JP15, p. 5.

¹²¹ *Millicom International Operations B.V. & Sentel GSM S.A. c. République du Sénégal*, Aff. CIRDI No. ARB/08/20, Décision sur la compétence, 16 juillet 2010.

¹²² *LETCO c. Libéria*, p. 6.

¹²³ V. *supra*, §§ 122 et 128.

¹²⁴ V. Déf. Mém. 6 avril 2011, p. 6.

¹²⁵ V. *supra*, §§ 103 et seq.

AHS Niger serait considérée comme un ressortissant étranger et jouirait de tous les bénéfices inhérents à cette condition en ce qui concerne ses investissements au Niger.

145. Troisièmement, le Tribunal n'est pas convaincu que l'exigence qu'une société de droit nigérien soit constituée ait été motivée par le souci du Niger de refuser à AHS Niger les bénéfices propres à un investisseur non-national, y compris la possibilité de recourir à l'arbitrage du CIRDI conformément à l'article 6(2) du Code des Investissements. Au contraire, le Tribunal considère que cette exigence s'explique pleinement et suffisamment par l'intérêt exprimé par l'État que des actionnaires privés nigériens et l'État du Niger prennent des participations minoritaires dans la société adjudicataire¹²⁶.
146. Finalement, comme l'a très bien souligné le Tribunal dans l'affaire *Millicom c. Sénégal*, « [c] 'est au contraire en raison d'exigences de cette nature, relativement courantes en pratique, que, sous l'angle de la nationalité, la notion de l'investisseur protégé a été étendue par l'article 25(2)(b) in fine »¹²⁷.
147. Enfin, le Tribunal note que le Niger dans ses écritures devant la Cour d'État du Niger a excipé de la saisine du CIRDI pour soutenir que le recours pour excès de pouvoir n'était pas disponible dans la mesure où AHS dispose du recours de plein contentieux devant le CIRDI pour faire valoir ses droits¹²⁸. C'est donc que le Niger reconnaît que la saisine du CIRDI par AHS est valable.
148. Au vu de ce qui précède et des éléments de preuve déjà analysés précédemment, le Tribunal considère que le Niger a implicitement accepté de considérer AHS Niger comme un non-ressortissant au sens de l'article 25(2)(b) de la Convention du CIRDI en raison de son actionnariat luxembourgeois et du contrôle effectif exercé sur elle par MMEA.

¹²⁶ V. *supra*, § 104.

¹²⁷ *Millicom International Operations B.V. & Sentel GSM S.A. c. République du Sénégal*, Aff. CIRDI n° ARB/08/20, Décision sur la compétence, 16 juillet 2010, § 114, disponible sur le site internet du CIRDI.

¹²⁸ Arrêt no. 12-054 de la Chambre Administrative de la Cour d'État du Niger du 10 octobre 2012, communiqué par les Demanderesses le 10 octobre 2012.

V.3 Compétence *ratione voluntatis*

149. Le Tribunal arbitral doit examiner si toutes les Parties ont consenti par écrit à soumettre le différend au CIRDI et à la compétence du Tribunal.

A. Analyse des instruments applicables

150. A défaut d'accord amiable, la Convention d'Investissement qui est invoquée dans cette affaire renvoie à l'arbitrage. Il existe, à l'article 6 de la Convention d'Investissement, une volonté claire et expresse de voir les litiges y afférents tranchés par voie arbitrale : « *les différends donneront lieu à un règlement par voie d'arbitrage* ».
151. Concernant les modalités de cet arbitrage, ledit article 6 ajoute : « *conformément aux dispositions en vigueur au Niger en matière de règlement de différends relatifs aux investissements* ».
152. Le Dossier d'Appel d'Offres définit l'environnement législatif et réglementaire du projet comme comprenant les droits de douane, la fiscalité, le Code des Investissements de 1989 et le droit du travail¹²⁹. Le Tribunal constate que le Code des Investissements de 1989 représente et fait partie de la législation en vigueur en matière de règlement des différends relatifs à un investissement visée dans la Convention d'Investissement.
153. Dans le Code des Investissements, tel que modifié en dernier lieu en 2001, le Niger a accepté en son article 6 que « *le règlement des différends relatifs à la validité, à l'interprétation ou à l'application de l'acte d'agrément et à la détermination éventuelle de l'indemnité due à la méconnaissance ou à la violation des engagements fera l'objet de l'une des procédures d'arbitrage ci-après à déterminer dans l'acte d'agrément* » (soulignement ajouté). Ces procédures ne sont autres que l'arbitrage *ad hoc* en équité ou l'arbitrage CIRDI.
154. Il convient donc d'identifier « *l'acte d'agrément* » (1) pour, ensuite, déterminer le type d'arbitrage auquel les Parties ont consenti (2). Le Tribunal abordera après la question de savoir qui sont les parties qui ont consenti et sont bénéficiaires de « *l'acte d'agrément* » (3).

¹²⁹ Pièce C4, pp. 5-6.

1. L'acte d'agrément

155. Pour les Demanderesses, « l'acte d'agrément » au sens du Code des Investissements ne peut être que la Convention d'Investissement ¹³⁰.
156. Pour le Niger, « l'acte d'agrément » est l'Arrêté 16 du 19 février 2004 « portant agrément de l'activité d'assistance en escale sur l'Aéroport international Diori Hamani de Niamey ». L'Arrêté 16 ne comportant aucune disposition concernant le règlement de litiges, la Défenderesse conclut qu'aucun choix n'a été opéré par les Parties et que, donc, il n'y a pas de recours possible à l'arbitrage CIRDI.
157. Il est évident des pièces apportées et des allégations faites par les Parties que l'expression « agrément » peut prêter à équivoque. Ainsi, pour le Tribunal, il convient de distinguer entre, d'une part, « l'agrément à l'investissement », c'est-à-dire, l'acte qui autorise l'investissement, fixe les conditions de celui-ci et, de ce fait, lui confère l'aptitude à être couvert, sous certaines conditions, par le Code des Investissements et par l'un des régimes privilégiés prévus par ce Code et, d'autre part, « l'agrément pour l'exercice de l'activité », c'est-à-dire, la décision administrative qui autorise l'exercice d'une activité, en l'espèce, l'assistance en escale, qui concerne les biens de l'État ou affecte l'intérêt public.
158. À la lecture du Dossier d'Appel d'Offres International¹³¹, et plus concrètement du Mémoire d'information, le Tribunal constate que, sous le titre « *Evolution juridique de l'activité* » (qui est une section distincte de celle consacrée à l'« *Environnement législatif et réglementaire* », faisant mention du Code des Investissements), il est indiqué qu'« [u]n agrément et une licence d'exploitation sont prévus pour officialiser la concession de l'activité à la structure retenue »¹³².
159. A son tour, l'Arrêté 66 du 30 décembre 2003, portant Cahiers des Charges, qui fait partie du Dossier d'Appel d'Offres, prévoit à son article 3, sous « *CONDITIONS D'EXERCICE* », que l'exercice de l'activité d'assistance ou d'auto assistance en escale « est subordonnée à l'obtention d'un agrément délivré par le Ministre chargé de

¹³⁰ Dem. Mém., § 200.

¹³¹ Pièce C4.

¹³² Mémoire d'information, p. 12, § 3.3.2.2 (pièce C4).

l'Aviation Civile » (qui n'est autre que le Ministre des Transports) et confirme, à son article 6, que l'agrément prend la forme d'un arrêté ministériel : « *L'agrément pour l'exercice de l'activité d'assistance en escale est délivré par arrêté du Ministre chargé des transports* ».

160. Le Tribunal considère que l'Arrêté 16 constitue l'acte d'agrément pour l'exercice de l'activité, permettant à AHS Niger d'exercer une activité réglementée qui se déroule sur le domaine public de l'aéroport de Niamey, sous le contrôle de l'État nigérien. Le Tribunal note que AHS Niger a, en outre, obtenu une licence annuelle d'exploitation délivrée par la Direction Générale de l'Aviation Civile en échange du paiement d'une redevance d'exploitation.
161. L'Arrêté 16 est, bien évidemment, un acte important et nécessaire à l'investissement. Il s'agit d'un acte préparatoire et nécessaire pour aboutir à l'agrément de l'investissement, toutefois, à lui seul, il ne suffit pas pour conférer les bénéfices prévus dans le Code des Investissements et, à ce titre, il ne peut être considéré comme étant l'acte d'agrément prévu à l'article 6 du Code des Investissements.
162. Pour le Tribunal Arbitral, la notion d'acte d'agrément de cet article 6 doit être analysée dans le contexte même du Code des Investissements. En effet, de la lecture du Code, on peut conclure que ses avantages particuliers (énoncés comme l'un des atouts du cadre juridique nigérien dans le Dossier d'Appel d'Offres) sont octroyés, suivant le régime accordé, par arrêté ou décret (v. article 17) et, dans le cas du régime C (applicable à AHS Niger, v. *supra*, § 126), par convention signée avec l'État. Dans ce dernier cas, comme expressément indiqué dans le Code (v. art. 36(f)), la Convention définit la procédure d'arbitrage à suivre pour le règlement des litiges.
163. Deux éléments principaux ressortent de la lecture de l'article 6 du Code des Investissements et sont essentiels pour guider le Tribunal arbitral dans sa démarche menant à l'identification de « *l'acte d'agrément* ».
164. Premièrement, d'après ce Code, l'arbitrage prévu dans l'acte d'agrément règle tout litige relatif à la validité, l'interprétation ou l'application de l'acte d'agrément. Ainsi, l'acte d'agrément est l'objet même de la compétence arbitrale. Ceci s'entend sans difficulté de la Convention d'Investissement qui, comme son nom l'indique, est une convention

juridique qui règle les relations entre les parties en matière d'investissement. En revanche, l'Arrêté 16 est un acte réglementaire de l'État et, en tant que tel –comme il a été justement relevé par les juridictions du Niger (v. *supra*, §§ 52 et 147) –, sa validité et sa légalité sont de la compétence exclusive des juridictions nigériennes, ce qui met en échec la position soutenue par le Niger dans cet arbitrage tendant à voir reconnu l'Arrêté 16 comme étant « *l'acte d'agrément* » visé par le Code des Investissements.

165. Deuxièmement, toujours d'après l'article 6 du Code, l'acte d'agrément doit comporter des engagements dont la violation fera l'objet de la procédure arbitrale. L'Arrêté 16 ne comporte pas d'engagements à proprement parler. Cet Arrêté n'est que l'autorisation administrative donnée à l'opérateur et lui posant les conditions pour l'exercice de son activité. En revanche, la Convention d'Investissement, signée par l'État et par l'investisseur, contient des engagements aussi bien à la charge de l'investisseur qu'à la charge de l'État.
166. Par conséquent, le Tribunal conclut que « *l'acte d'agrément* », auquel fait référence l'article 6 du Code des Investissements, ne peut être que la Convention d'Investissement en date du 15 décembre 2004.

2. Les modalités de l'arbitrage visées dans l'acte d'agrément

167. Les parties à la Convention d'Investissement ont consenti par écrit à ce que les différends nés de l'interprétation ou de l'application de la Convention d'Investissement, à défaut d'être réglés à l'amiable, soient réglés par voie d'arbitrage conformément aux « *dispositions en vigueur au Niger en matière de règlement de différends relatifs aux investissements* ».
168. Comme précédemment indiqué, les « *dispositions en vigueur* » visées dans le second paragraphe de l'article 6 de la Convention d'Investissement sont celles du Code des Investissements. Or, le Code des Investissements, tout en imposant le recours à l'arbitrage, offre le choix entre une procédure *ad hoc* et une procédure CIRDI « *à déterminer dans l'acte d'agrément* », c'est-à-dire, comme on vient de le constater, dans la Convention d'Investissement.

169. Dans un premier temps, la question qui se pose est celle de savoir si, nonobstant la volonté exprimée à l'article 6 de la Convention d'Investissement de recourir à l'arbitrage, le fait que « *l'acte d'agrément* » ne fasse pas de choix exprès entre les deux procédures offertes par le Code prive de tout effet l'article 6 (intitulé « *Règlement des différends* ») de ladite Convention. Dans un deuxième temps, s'il doit produire des effets, il faut déterminer la procédure d'arbitrage à laquelle les parties peuvent recourir.
170. Les Parties ne se sont pas prononcées dans leurs écritures sur les critères d'interprétation que devait suivre le Tribunal Arbitral. Ce n'est qu'en réponse aux questions posées par le Tribunal que les Demanderesses ont fait référence aux dispositions du Code Civil du Niger en matière d'interprétation des conventions¹³³. S'agissant de l'interprétation d'une convention d'arbitrage et constatant que les parties n'ont soumis cette convention à aucun droit particulier, le Tribunal appréhendera son interprétation sur la base de la volonté commune des parties telle qu'elle ressort de la Convention d'Investissement, de son exécution et des documents produits par les Parties, notamment le Dossier d'Appel d'Offres.
171. Le Tribunal part d'un constat fondamental : le Code des Investissements, de façon générale (v. arts. 6 et 36(f)), et la Convention d'Investissement, de façon particulière (v. art. 6), soumettent à l'arbitrage les litiges relatifs à l'acte d'agrément (i.e. la Convention d'Investissement). Il existe ainsi une volonté expresse, exprimée dans l'article 6 de la Convention d'Investissement, de recourir à l'arbitrage.
172. Dans ces circonstances, le Tribunal ne peut accepter, comme le soutient le Niger, que puisque la Convention d'Investissement ne fait pas de choix entre les deux modes d'arbitrage prévus dans le Code, il n'y aurait tout simplement pas de consentement à un arbitrage CIRDI, et donc recours nécessaire à l'autre branche de l'alternative, l'arbitrage *ad hoc*. En effet, si l'absence de référence expresse à l'arbitrage CIRDI signifie absence de consentement, il devrait en aller de même pour l'arbitrage *ad hoc*, pour lequel il n'y aurait pas davantage de consentement.

¹³³ V. Lettre des Demanderesses au CIRDI du 31 août 2012, p.15 et la référence générale aux articles 1156 à 1164 du Code Civil du Niger.

173. Ceci mènerait à un résultat absurde et contraire non seulement à la volonté des parties de voir leur litige tranché par voie arbitrale mais aussi à l'objet et au but de l'article 6 de la Convention d'Investissement et du Code, qui est de régler par voie arbitrale tout litige découlant de cet investissement.
174. Le Tribunal constate donc, dans un premier temps, que l'article 6 de la Convention d'Investissement constitue un convention d'arbitrage qui exprime de façon claire la volonté des parties de recourir à l'arbitrage.
175. Il n'en demeure pas moins que cette convention d'arbitrage n'opère pas de choix entre l'arbitrage *ad hoc* et l'arbitrage CIRDI. A la lumière des textes invoqués par les Parties, et inspiré par la recherche de l'effet utile qui doit guider l'interprète, le Tribunal constate que la Convention d'Investissement exprime une volonté commune de ne pas choisir entre l'arbitrage *ad hoc* et l'arbitrage CIRDI.
176. Cette décision de ne pas choisir entre les deux types d'arbitrage proposés par le Code des Investissements, on vient de le constater, ne peut être interprétée comme exprimant une volonté de ne pas se soumettre à l'arbitrage ou de ne pas se soumettre à l'arbitrage du CIRDI. Pour le Tribunal, la rédaction de l'article 6 de la Convention d'Investissement laisse le choix ouvert pour qu'il soit effectué par la partie demanderesse au moment de la matérialisation du litige. L'autre partie étant considérée comme ayant consenti à ce choix par avance au moment où la Convention d'Investissement a été conclue.
177. Dès lors, les parties à la Convention d'Investissement ont accepté un arbitrage *ad hoc* ou un arbitrage CIRDI, sans qu'il n'existe de hiérarchie entre les deux possibilités. Le choix appartient à la partie demanderesse à l'arbitrage, étant entendu que l'arbitrage CIRDI est disponible à la seule condition de posséder la qualité de « *non-national* ». Cette dernière condition est remplie en l'espèce, le Tribunal ayant déterminé (v. *supra* § 128) que le Niger a accepté de considérer AHS Niger comme « *non-national* » au sens du Code des Investissements et MMEA étant une société luxembourgeoise. Par conséquent, les conditions de « nationalité » requises pour la mise en œuvre d'un arbitrage CIRDI sont remplies en l'espèce.

3. Les parties visées par l'acte d'agrément

178. Les Demanderesses ont allégué¹³⁴ :

« 138. A cet égard, depuis la création de AHS Niger, c'est MMEA, actionnaire majoritaire fondateur, qui en assure le contrôle capitalistique mais également la direction effective d'AHS Niger puisque le Directeur General a toujours été un représentant de MMEA de nationalité non nigérienne.

139. MMEA doit donc être considérée comme l'entité effectivement visée par la mention « MENZIES AVIATION CROUP PARTNER » (sic) systématiquement associée à AHS Niger dans le visa et le corps de l'Arrêté d'agrément.

140. Comme les Demanderesses se sont attachées à le démontrer ci-dessus, les Parties à la Convention d'Investissement dont l'Etat du Niger, se sont implicitement accordées pour considérer AHS Niger comme un non national.

141. Le « partenaire stratégique » étranger de l'Etat du Niger qui a d'ailleurs procédé au financement des investissements et souscrit la police internationale d'assurance est bien MMEA l'actionnaire majoritaire fondateur d'AHS Niger.

142. Ainsi, MMEA en tant que société mère fondatrice d'AHS Niger assurant tant le contrôle que la direction effective de sa filiale doit être considérée comme ayant consenti à la Convention d'Investissement et à la clause compromissaire qui y est insérée. » (Citations omises).

179. A cet égard, le Tribunal se réfère à l'historique de la relation entre les parties et aux actes préparatoires qui ont culminé avec la signature de la Convention d'Investissement, tels qu'ils ont été rappelés plus haut aux paragraphes 111 à 123 de cette décision.

180. Le Tribunal partage la position des Demanderesses. Il considère que le groupe qui est visé par l'Arrêté 16 est celui-là même qui a été retenu à l'issue de l'Appel d'Offres. Cet Arrêté se trouve à l'origine et constitue le fondement de la Convention d'Investissement ou « acte d'agrément »¹³⁵.

181. En particulier, le Tribunal est arrivé à la conclusion que, tout au long de la procédure qui a mené à la signature de la Convention d'Investissement, le Niger comprenait, acceptait et reconnaissait que son partenaire et prestataire agréé était Menzies Aviation Group – AHS, et particulièrement la société MMEA, qui a toujours contrôlé et financé la société

¹³⁴ Dem. Mém., p. 29.

¹³⁵ V. *supra*, § 161.

AHS Niger, constituée en tant que société nigérienne à la demande de l'État et pour les besoins exclusifs de la prestation des services qui constitue l'objet du présent arbitrage¹³⁶.

182. Par conséquent, le Tribunal arbitral considère que MMEA est « partie bénéficiaire » de l'agrément donné en vertu de l'Arrêté 16 et de la Convention d'Investissement, comme il sera décrit ci-dessous. À ce titre, MMEA a toute légitimité à recevoir la protection et à jouir des avantages qu'en tant qu'investisseur le Niger lui a offerts, y compris le droit à avoir recours à l'arbitrage visé dans la Convention d'Investissement et dans le Code des Investissements.

B. Le Niger

183. Selon les Demanderesses, le consentement du Niger a été donné à l'article 6 de la Convention d'Investissement, qui a été signée par l'État du Niger, et par le Code des Investissement du Niger¹³⁷ qui renvoie à la Convention CIRDI.
184. Le Tribunal tient à faire deux remarques préliminaires: premièrement, contrairement à ce que les Demanderesses laissent entendre¹³⁸, il est un principe établi en matière d'arbitrage que le simple fait de participer à la constitution du tribunal ne saurait emporter consentement à sa compétence et renonciation à soulever des objections à cet égard¹³⁹. Deuxièmement, contrairement à ce qu'affirment les Demanderesses, le simple fait qu'un État soit partie à la Convention CIRDI n'emporte pas consentement à l'arbitrage du CIRDI¹⁴⁰.
185. En ce qui concerne le consentement du Niger à l'arbitrage CIRDI, le Tribunal se réfère à l'analyse développée dans les paragraphes précédents. Pour le Tribunal, le Niger a accepté la compétence du CIRDI, et du Tribunal qui serait constitué sous son égide, lorsqu'il a conclu la Convention d'Investissement le 15 décembre 2004. Ce jour-là, en

¹³⁶ V. *supra*, §§ 115 à 123 et 126. V. aussi pièces C37 et C41.

¹³⁷ Requête, 4 mars 2011, §§ 73 et 79-81; Dem. Mém., 14 novembre 2011, §§ 161-162, 169.

¹³⁸ Dem. Mém., § 171.

¹³⁹ Voir notamment l'article 16(2) de la Loi Type CNUDCI pour le droit commercial international ainsi que l'article 23(2) du Règlement d'arbitrage CNUDCI qui disposent que « [l]e fait pour une partie d'avoir désigné un arbitre ou d'avoir participé à sa désignation ne la prive pas du droit de soulever [l'exception d'incompétence] ». Cette disposition a été reprise, peu ou prou verbatim, par de nombreux états (par exemple l'article 31 de l'Arbitration Act de 1996 du Royaume-Uni ou encore l'article 1297.162 du Code de Procédure civile canadien).

¹⁴⁰ V. Préambule de la Convention CIRDI.

vertu de l'article 6 de la Convention d'Investissement et du renvoi qu'elle opère à la législation du Niger « *en matière de règlement de différends relatifs aux investissements* » (i.e., le Code des Investissements qui prévoit l'arbitrage CIRDI), le Niger a donné son consentement à un arbitrage CIRDI, si tel était le choix de la partie demanderesse à l'arbitrage.

186. Le Tribunal tient à rappeler qu'à aucun moment le Niger n'a manifesté sa volonté de saisir une autre juridiction (y compris le tribunal arbitral *ad hoc* mentionné à l'article 6 du Code des Investissements). Au contraire, comme il a été déjà indiqué (v. *supra*, § 147), le Niger s'est même prévalu de l'existence de la procédure arbitrale CIRDI devant les juridictions nigériennes.

C. AHS Niger

187. AHS Niger a aussi consenti à l'arbitrage le 15 décembre 2004 dans la Convention d'Investissement. Elle a procédé au choix de l'arbitrage CIRDI, comme elle en avait le droit, dans la Requête, le 4 mars 2011.

D. MMEA

188. MMEA n'est pas signataire de la Convention d'Investissement du 15 décembre 2004.
189. Dans leur Mémoire, les Demanderesses considèrent que MMEA est la société visée par l'acte d'agrément du 19 février 2004¹⁴¹. Elles allèguent, de plus, que MMEA a donné son consentement dans la Convention d'Investissement, qui doit lui être étendue conformément à la jurisprudence CCI, notamment la jurisprudence *Dow Chemical Company*¹⁴², et que MMEA est un non-national au sens de l'article 6(2) du Code des Investissements et un ressortissant étranger au sens de la Convention CIRDI.
190. D'après les Demanderesses, la date du consentement de MMEA à l'arbitrage serait donc le 15 décembre 2004¹⁴³.

¹⁴¹ Dem. Mém., § 139.

¹⁴² Voir Lettre Dem. 21 mars 2011, p. 6.

¹⁴³ Lettre Dem. 21 mars 2011, p. 7.

191. Il ne fait pas de doute, comme indiqué plus haut, que MMEA est un non-national. La question est de savoir si MMEA a donné son consentement.
192. Les Demanderesses se sont référées à l'arbitrage CCI dans leurs écritures pour justifier de l'extension d'une clause compromissoire CIRDI à une société qui appartient au même groupe ou à la maison mère.
193. En effet, l'ordonnance de procédure rendue le 23 septembre 1982 par le tribunal CCI dans l'affaire *Isover-Saint-Gobain c. Dow Chemical*¹⁴⁴ établissait que « [...] *the arbitration clause expressly accepted by certain of the companies of the group should bind the other companies which, by virtue of their role in the conclusion, performance, or termination of the contracts containing said clauses, and in accordance with the mutual intention of all parties to the proceedings, appear to have been veritable parties to these contracts or to have been principally concerned by them and the disputes to which they may give rise* »¹⁴⁵.
194. Cette décision fut entérinée par la Cour d'appel de Paris le 21 octobre 1983, dans le cadre d'une requête en annulation de la sentence arbitrale, la Cour insistant sur l'importance de l'intention réelle des parties qui, à elle seule, suffisait à étendre le bénéfice de la clause compromissoire aux autres sociétés du groupe Dow Chemical, nonobstant le fait que ces dernières n'aient pas été signataires du contrat¹⁴⁶.
195. Cette jurisprudence a été confirmée à maintes reprises depuis lors, au travers notamment des arrêts *Sponsor c. Lestrade*¹⁴⁷, *Korsnas Marma c. Sté Duranz-Auzias*¹⁴⁸, *Kis France c. Société générale*¹⁴⁹ ou encore *V 2000 (Jaguar) c. Renault*¹⁵⁰.

¹⁴⁴ Affaire CCI No.4131.

¹⁴⁵ Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration (éd. Kluwer Law International), p. 287, § 503.

¹⁴⁶ CA Paris, 21 octobre 1983, *Isover-Saint-Gobain c. Dow Chemical France*, 1984 Rev. Arb. 98.

¹⁴⁷ CA Pau, 26 nov. 1986.

¹⁴⁸ CA Paris, 30 novembre 1988 : « [...] *La clause d'arbitrage insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre les effets aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat, dès lors que leur situation et leurs activités font présumer qu'elles avaient connaissance de l'existence et de la portée de cette clause, stipulée conformément aux usages du commerce international* ».

¹⁴⁹ CA Paris, 31 octobre 1989.

¹⁵⁰ CA Paris, 7 décembre 1994 : « [...] *in international arbitration law, the effects of the arbitration clause extend to parties directly involved in the performance of the contract, provided that their respective situations and activities raise the presumption that they were aware of the existence and scope of the arbitration clause, so that the*

196. La position communément adoptée en matière d'arbitrage international sur cette question de l'étendue du champ d'application de la clause compromissoire se retrouve par ailleurs synthétisée dans la sentence rendue à Genève en 1990 par un tribunal CCI selon les termes suivants : « [...] *l'appartenance de deux sociétés à un même groupe ou la domination d'un actionnaire ne sont jamais, à elles seules, des raisons suffisantes justifiant de plein droit la levée du voile social. Cependant, lorsqu'une société ou une personne individuelle apparaît comme étant le pivot des rapports contractuels intervenus dans une affaire particulière, il convient d'examiner avec soin si l'indépendance juridique des parties ne doit pas, exceptionnellement être écartée au profit d'un jugement global. On acceptera une telle exception lorsque apparaît une confusion entretenue par le groupe ou l'actionnaire majoritaire* »¹⁵¹.
197. Le Tribunal trouve également amples illustrations dans la jurisprudence CIRDI.
198. Dans l'affaire *Holiday Inns c. le Maroc*, la question de l'extension d'une clause à des parties non signataires, en l'occurrence la maison mère, s'est posée. Le tribunal a accepté que la clause lui soit étendue en raison du rôle joué par la maison mère dans l'exécution du contrat¹⁵². Dans l'affaire *AMCO c. l'Indonésie*, le tribunal a aussi accepté une telle extension car l'investisseur étranger était la société mère, la filiale de droit local n'étant que l'instrument par lequel l'investissement était réalisé et le but de la clause CIRDI était de protéger l'investisseur¹⁵³.
199. Comme relevé par Schreuer :

« These cases show that the tribunals take a realistic attitude when identifying the party on the investor's side. They look for the actual foreign investor and are 'unimpressed by the fact that the consent agreement only names a subsidiary. The operation of ICSID clauses will not be frustrated through a narrow interpretation of the investor's identity. What matters is that the parent company acts in the preparation and possibly the implementation of the investment operation and that the ICSID clause is designed to work for its

arbitrator can consider all economic and legal aspects of the dispute » (citation sous Fouchard, Gaillard, Goldman, *op.cit.* p. 282, § 499) et Cass. Civ. 1^{ère}, 21 mai 1997.

¹⁵¹ Affaire CCI No. 5721, voir *Bull. CCI*, vol 2, n° 2 (1991), p. 20.

¹⁵² Voir Schreuer, §§ 322-323.

¹⁵³ Schreuer, § 324. Voir également, E. Gaillard, *Jurisprudence du CIRDI* (éd. Pédone), Vol. I, p. 54.

benefit. This may work to the investor's advantage and detriment. Where companies other than those named in the consent agreement are not necessarily parties but are merely economically associated with the investment or the investor, they will not be given standing in ICSID proceedings. But the parties before the tribunal may be given the right to represent their interests and to claim on their behalf. »¹⁵⁴

200. Selon le Tribunal (v. *supra*, §§ 103 à 123), il ressort des faits du dossier que le Niger a considéré MMEA, qui a participé à l'Appel d'Offres, à la constitution de AHS Niger et à l'exécution des services fournis, comme partie à la Convention d'Investissement. Cette participation active de MMEA fait d'elle une véritable partie à la Convention d'Investissement et l'État du Niger l'a considérée ainsi (v. *supra*, §§ 179 à 182).
201. Au vu de ce qui précède et du rôle joué par MMEA dans l'historique et le développement du projet, le Tribunal considère que MMEA est partie à la Convention d'Investissement et a consenti à la convention d'arbitrage contenue à son article 6.

V.4 Compétence *rationae materiae*

202. Enfin, le Tribunal doit examiner s'il est en présence (i) d'un différend et d'un investissement qui entrent dans le champ d'application de l'article 6 du Code des Investissements et (ii) d'un différend d'ordre juridique en relation directe avec un investissement au sens de la Convention CIRDI.

A. Le Code des Investissements

203. L'article 6(2) vise « *le règlement des différends relatifs à la validité, à l'interprétation ou à l'application de l'acte d'agrément et à la détermination éventuelle de l'indemnité due à la méconnaissance ou à la violation des engagements* ».
204. Il ne fait pas de doute que le litige, tel que décrit ci-dessus, qui oppose les Demanderesses au Niger, a trait à la validité, à l'interprétation ou à l'application de l'acte d'agrément,

¹⁵⁴ Schreuer, *The ICSID Convention*, 2010, Article 25, § 329.

i.e., la Convention d'Investissement, et à la détermination éventuelle de l'indemnité due par le Niger pour les manquements allégués aux engagements pris dans ladite convention.

205. Aux termes de l'article 11 du Code des Investissements (qui est applicable aux « activités » exercées dans le « secteur » du transport aérien¹⁵⁵), est considéré comme un investissement :

« - les apports au Niger de capitaux de toute nature et le réinvestissement des fonds provenant d'investissements effectués antérieurement si ceux-ci sont destinés à la création d'entreprises nouvelles, à l'extension, à la diversification, à la reconversion ou à la modernisation d'unités existantes ;

- les apports en nature à une société nouvellement créée ou à l'occasion d'extension, de diversification, de reconversion ou de modernisation d'une société déjà existante ;

- les participations consistant en un apport de capitaux ou de biens à toute entreprise établie au Niger en échange de l'octroi de titres sociaux ou de parts donnant droit à une participation aux bénéfices et au produit de la liquidation;

- les prêts assimilables à des participations, c'est à dire les prêts consentis à toute personne autre que l'État, régulièrement établie au Niger lorsque ces prêts, d'une durée minimum de dix (10) ans, sont venus compléter les fonds propres et ont permis d'obtenir les crédits bancaires nécessaires au financement de l'investissement envisagé. Ces prêts ne sauraient toutefois représenter plus de la moitié des fonds propres. »

206. S'agissant de AHS Niger, cette société devait, aux termes de la Convention d'Investissement, réaliser un programme d'investissement pendant les cinq premières années, avec un engagement minimum de 7.767.232.157 F CFA et une création d'emplois minimum, qui répondent aux critères mentionnés ci-dessus. Les Demanderesses allèguent, sans être démenties, qu'elles ont réalisé cet investissement.
207. S'agissant de MMEA, sa contribution au capital de AHS Niger représente son investissement et répond également aux critères ci-dessus.
208. La participation de MMEA dans le capital d'AHS Niger et les activités de AHS Niger, constituent donc un investissement au sens de l'article 11 du Code des Investissements.

¹⁵⁵ V. Art. 9(g), pièce C32.

B. La Convention CIRDI

209. Par ailleurs, il ne fait pas de doute que le différend soumis au Tribunal est d'ordre juridique, les Parties étant en conflit tant sur l'existence d'un droit que sur l'étendue de la réparation.
210. Le Tribunal est également d'avis que la condition relative à l'existence d'un investissement, au sens de l'article 25(1) de la Convention CIRDI, est remplie. La Convention CIRDI ne définit pas la notion d'investissement. Toutefois, comme plusieurs décisions de tribunaux sous l'égide du CIRDI et du règlement UNCITRAL l'ont constaté, le terme « investissement » à un sens ordinaire et inhérent qui suppose la présence d'apports, sur une certaine durée et une participation aux risques de l'opération¹⁵⁶.
211. Le Tribunal est donc satisfait que le terme « investissement » doit être pris dans son sens ordinaire et inhérent¹⁵⁷. En l'espèce, le Tribunal n'a aucun doute, en ce qui concerne les activités de Demandeurs au Niger, qu'il est en présence d'un apport substantiel d'une durée originelle de dix ans et qui comportait un risque tel que décrit ci-dessus.

212. En conclusion, le Tribunal Arbitral considère que AHS Niger, Menzies Afrique SA (aujourd'hui, MMEA) et la République du Niger sont parties et ont consenti à être liées par la convention d'arbitrage incluse à l'article 6 de la Convention d'Investissement¹⁵⁸, qui offre l'alternative, aux non-nationaux, d'avoir recours à l'arbitrage du CIRDI¹⁵⁹. En vertu de leur nationalité (effective ou reconnue par le Niger), les Demanderesses ont pu, de façon légitime, faire ce choix¹⁶⁰ et ont ainsi soumis à l'arbitrage du CIRDI un différend d'ordre juridique qui porte sur un investissement couvert par la Convention CIRDI, la Convention d'Investissement et par le Code des Investissements¹⁶¹.

¹⁵⁶ V. *Mr. Saba Fakes c. République turque*, Aff. CIRDI No. ARB/07/20, Sentence du 12 juillet 2010, et *Romak S.A. c. République d'Ouzbékistan*, Aff. CPA No. AA280, Sentence du 26 novembre 2009, §§ 197-205. V., aussi, Schreuer, §§ 152-174.

¹⁵⁷ Schreuer, §§ 152-174. V. aussi, *Romak S.A. c. Ouzbékistan*, Sentence du 26 novembre 2009, §§ 197-205.

¹⁵⁸ V. *supra*, §§ 109, 111-114, 121-123, 178 *et seq.*, §§ 185-186, 187, et 200-201.

¹⁵⁹ V. *supra*, §§ 150 *et seq.*, et §§ 167 *et seq.*

¹⁶⁰ V. *supra*, §§ 102 *et seq.*, et §§ 176-177.

¹⁶¹ V. *supra*, §§ 202 *et seq.*

213. Dans ces conditions, le Tribunal décide qu'il est compétent pour connaître du litige opposant les Demanderesses à la République du Niger.

VI. FRAIS ET DEPENS

214. Le Tribunal observe que les Demanderesses se sont acquittées entièrement de la somme de 150.000 dollars américains demandée le 27 juillet 2011 comme premier acompte pour cette affaire et de la somme de 300.000 dollars américains demandée le 13 mars 2012 comme second acompte dans cette affaire.

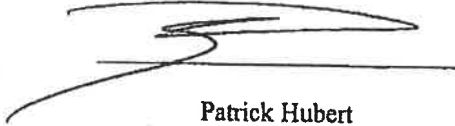
215. Le Tribunal a pris note de la demande des Demanderesses relatives aux frais de l'arbitrage¹⁶². Le Tribunal statuera sur la question des frais au terme de la procédure sur le fond.

VII. DISPOSITIF

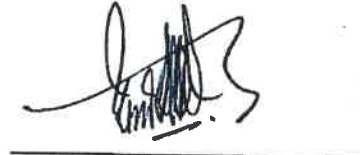
216. Par ces motifs, le Tribunal décide ce qui suit :

1. Le Tribunal est compétent pour connaître des demandes des Demanderesses à l'encontre de la République du Niger ;
2. Les frais de l'arbitrage feront l'objet d'une décision du Tribunal au terme de cette procédure ;
3. L'organisation de la prochaine phase de la procédure fera l'objet d'une ordonnance de procédure du Tribunal.

¹⁶² Dem. Mém., §§ 397 à 399.



Patrick Hubert



Gaston Kenfack-Douajni



Fernando Mantilla-Serrano