

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

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

**DEMANDERESSES**

**C.**

**LA REPUBLIQUE DU SENEGAL**

**DEFENDERESSE**

**(AFFAIRE CIRDI No ARB/08/20)**

**Décision sur la Requête aux fins de mesures conservatoires des  
Demandereses du 24 août 2009**

Tribunal arbitral

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

Secrétaire du Tribunal arbitral  
Mme Aurélia Antonietti

## Le Tribunal arbitral

### Vu

- la « Request for Arbitration » des Demanderesses du 11 novembre 2008 ;
- la lettre de la Défenderesse du 5 décembre 2008 ;
- la lettre des Demanderesses du 19 décembre 2008 et leurs « Observations on jurisdiction of the Centre » de la même date ;
- le Procès-verbal de la première session du Tribunal arbitral du 7 septembre 2009 ;
- l'Ordonnance de procédure No. 1 du 14 septembre 2009 ;
- la « Provisional Measures Application » des Demanderesses (ci-après « la Requête ») du 24 août 2009 ;
- le « Mémoire en réponse à la demande de mesures conservatoires » déposé le 5 octobre 2009 par la Défenderesse (ci-après « la Réponse ») ;
- l'audience du 9 novembre 2009 tenue à Paris ;

**se prononçant sur la Requête aux fins de mesures conservatoires des Demanderesses et Requéranes,**

**après avoir exposé**

### **I. En fait**

Le Tribunal arbitral se borne ici à décrire brièvement les faits à l'origine du litige dans la mesure nécessaire à la présente décision.

#### **A. Les Parties**

1. La première Demanderesse, **Millicom International Operations B.V.** (ci-après « Millicom », ou « la Demanderesse 1 », ou encore « MIO »), est une société à responsabilité limitée, organisée et existant selon le droit néerlandais.
2. La seconde Demanderesse, **Sentel GSM S.A.** (ci-après « Sentel », ou « Demanderesse 2 ») est une société anonyme au capital social de 60.000.000 FCFA, organisée et existant selon le droit sénégalais. Sentel est la filiale de Millicom à 100% (cf. Requête d'Arbitrage, n° 12) ; elle exploite depuis 1999 un réseau de radiotéléphonie mobile au Sénégal (« Tigo »).
3. Aussi bien Millicom que Sentel font partie du Groupe *Millicom International Cellular S.A.* (ci-après « MIC »), qui est une société de droit luxembourgeois, fondée en 1990 par Millicom en joint venture avec un autre opérateur de téléphonie mobile, Industriförvaltnings AB Kinnevik (Suède). MIC n'est pas partie à la présente procédure arbitrale.

MIC est une entreprise globale de télécommunications. Par l'intermédiaire de ses filiales, elle fournit des services de télécommunication dans seize pays, en Asie, en Amérique latine et en Afrique (Requête d'Arbitrage, n° 12). Selon les Demanderesses, Millicom (Demanderesse 1) est une filiale à 100% de MIC, et Sentel (Demanderesse 2), une filiale à 100% de la Demanderesse 1 (idem).

Les Demanderesse 1 et Demanderesse 2 sont appelées « les Demanderesses ». Elles sont représentées par Messrs. Stephen Jagusch, Andrew Battisson, et Mark Levy du cabinet Allen & Overy LLP, Londres.

4. La Défenderesse est **la République du Sénégal** (ci-après «le Sénégal » ou « la Défenderesse »). Elle est représentée par M. Abdoulaye Dianko, Agent Judiciaire de l'Etat, Me Rémi Sermier, cabinet Brandford-Griffith & Associés, Paris, Me François Sarr, SCP François Sarr & Associés, Dakar, et le Professeur Thomas Clay, Versailles.

## **B. Résumé des faits**

5. Le 3 juillet 1998, la République du Sénégal a accordé à Sentel une concession de téléphonie mobile intitulée: « *Convention de concession entre l'Etat du Sénégal et la Société Sentel GSM S.A. pour l'exploitation d'un réseau public de radiotéléphonie mobile cellulaire numérique GSM au Sénégal* » (ci-après « la Concession » ; pièce Demanderesses C2).

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

Le Décret n° 98-719 portant approbation de la Concession entre *l'Etat du Sénégal et la société Sentel* (pièce C3) ayant été publié le 2 septembre 1998, la Concession devait normalement prendre fin le 2 septembre 2018.

6. Le 17 juillet 2000, Sentel a été mise en demeure par la Défenderesse pour manquements graves à la Concession (Réponse, n° 13 ; pièce Défenderesse R6). Le document reprochait à Sentel de n'avoir pas payé la redevance due au 1<sup>er</sup> janvier 2000, d'être responsable de violations caractérisées de l'obligation de fournir des informations techniques, administratives et financières, et de ne pas respecter le calendrier de couverture radioélectrique du Territoire National (pièce R6). Sentel disposait d'un délai d'un mois pour réagir aux reproches qui lui étaient faits.
7. Le 29 septembre 2000, Me Bernard Sambou, huissier de justice, agissant pour la Défenderesse, s'est rendu dans les locaux de Sentel afin de procéder à une signification par laquelle, en application de l'article 7.4 de la Concession, il était formellement mis fin à la Concession, faute par Sentel de s'être conformée dans le délai qui lui avait été fixé à l'objet de la mise en demeure et d'avoir corrigé les manquements qui lui étaient reprochés (Réponse, n° 14 et 15).

8. Le 19 octobre 2000, Sentel a, par exploit de Me Aloyse Ndong, huissier de justice, informé l'Agent judiciaire du Sénégal qu'elle contestait formellement les motifs invoqués dans la signification du 29 septembre 2000 (pièce R8).
9. Le 17 janvier 2001, la Défenderesse, a adopté le Décret n° 2001-23 qui constituerait le dernier acte de la procédure de résiliation de la Concession (pièce C5). Ce texte n'a toutefois alors pas été publié.
10. Le 13 mars 2001, le Directeur général de Sentel a saisi le Président de la République du Sénégal d'un recours gracieux contre le Décret n° 2001-23 du 17 janvier 2001. Il y contestait les motifs de résiliation et affirmait que Sentel avait respecté toutes les conditions d'exploitation de la Concession (pièce R11). Le 15 mars 2001, le Directeur général de Sentel a adressé à l'Agent judiciaire du Sénégal une « requête préalable » dont le contenu était identique à celui du recours gracieux adressé au Président de la République du Sénégal (pièce R12).

Aucun de ces courriers n'a reçu de réponse de la part des autorités saisies. Selon la Défenderesse, qui s'appuie sur l'article 729 du Code de procédure civile sénégalais, le silence gardé plus de quatre mois par l'autorité saisie vaut décision de rejet (pièce R21).

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

11. Le 27 décembre 2001, le nouveau Code sénégalais des télécommunications est entré en vigueur (Requête, n° 14). Dans ses dispositions transitoires il prévoit notamment ceci (article 76, pièce R4) :

*« Les titulaires de concession d'établissement et d'exploitation de réseaux de télécommunications ouverts au public et de fourniture de services de télécommunications en place à la date d'entrée en vigueur du présent Code, bénéficient de plein droit de l'exploitation des réseaux et services de télécommunication qui leur ont été concédés.*

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

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

12. Le 9 août 2002, le Sénégal et le MIC ont conclu un accord dont le contenu est le suivant :  
*« Le Groupe Millicom International adhère à la politique de l'Etat du Sénégal relative à la modernisation et la régulation du secteur des télécommunications du*

*Sénégal et traduite récemment par la promulgation d'une nouvelle loi sur les télécommunications, la naissance d'une Agence de Régulation des Télécommunications et l'annonce de l'arrivée prochaine d'un nouvel opérateur.*

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

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

Cet accord, sur la portée duquel les Parties divergent d'opinions, est signé par M. Abdoulaye Balde pour le Sénégal et par M. David Kimche pour MIC (Requête, n° 14 ; Réponse, n° 28 pièces C6 et R13).

13. En dépit des actes qui lui ont été signifiés, Sentel a continué jusqu'à ce jour d'exploiter la Concession, a développé ses services et le cercle de ses abonnés. Elle soutient avoir également durant cette période régulièrement versé au Sénégal la part des redevances qu'elle encaissait, en application de la Concession de 1998.
14. Le 24 septembre 2008, la Défenderesse a écrit à MIC afin de lui demander de soumettre une offre pour une deuxième licence, indiquant qu'une offre raisonnable serait à hauteur de deux cents millions USD (pièce C10). Ce montant correspondait à celui qu'avait accepté de verser la société Sudan Telecom Company Ltd (Sudatel), qui avait obtenu une licence complète à l'automne 2007 (Décret n° 2007-1333 du 7 novembre 2007, pièce R15). Divers courriers ont été par la suite échangés (pièces R16 et C11).
15. Le 10 octobre 2008, Sentel a présenté une offre prévoyant le paiement de vingt et un millions USD, en vue de l'amélioration du réseau traité par la Concession (pièce C4).

La Défenderesse a fait savoir à MIC par lettre du 22 octobre 2008 qu'elle rejetait cette offre. Elle ajoutait ceci : « [...] *le Gouvernement a décidé de mettre fin à cette situation provisoire. Aussi je vous informe que, faute par vous de vous ressaisir et de nous proposer un montant de contrepartie financière tenant compte du prix plancher que représente le versement effectué par Sudatel pour une 3ème licence, la publication du décret n° 2001-23 du 17 janvier 2001, dont vous trouverez ci-joint une copie, interviendra au Journal Officiel de la République du Sénégal, le vendredi 31 octobre 2008.* » (pièce C12). Il y eut par la suite également un échange de courriers (pièce R17 et pièces C15 et C16).

16. Le 3 novembre 2008, le Décret n° 2001-23 mettant fin à la Concession (ci-dessus n° 9) a été publié au Journal Officiel (pièce R3).

Le même jour, la Défenderesse a publié un communiqué de presse informant qu'elle avait engagé une procédure judiciaire devant le Tribunal régional de Dakar pour faire constater la fin de la licence de Sentel (pièce C14).

17. Le 11 novembre 2008, la Défenderesse a assigné Sentel (Demanderesse 2 à la présente procédure) et MIC (qui n'est pas partie à la présente procédure) devant le Tribunal régional de Dakar (pièce C17A). Elle demandait au Tribunal de Dakar d'une part, d'ordonner à Sentel de cesser immédiatement son activité illégale et, d'autre part, de condamner Sentel et MIC à la réparation du dommage que ces deux sociétés auraient causé à l'Etat au motif qu'elles auraient obtenu, par de fausses promesses, que le Sénégal laisse Sentel continuer à opérer dans un cadre provisoire depuis 2000 (Réponse, n° 59 et 60).
18. Cette procédure s'est poursuivie dans les conditions suivantes :
- Le 28 janvier 2009, MIC et Sentel ont présenté leurs conclusions au Tribunal régional de Dakar (pièce C17B). Elles se sont limitées à contester la compétence du Tribunal, sans prendre de conclusions sur le fond. Selon elles, l'article 11 de la Concession donnerait compétence exclusive à des institutions d'arbitrage internationales, telles que la Cour d'Arbitrage de l'OHADA, le CIRDI ou la CCI à Paris (pièce C17B, p. 6).
  - Le 10 février 2009, la Défenderesse a présenté sa réponse (pièce C17C). En ce qui concerne la compétence, la Défenderesse a répondu aux affirmations des Demanderesse en alléguant que l'article 11 de la Concession ne contient pas une clause compromissoire, que, si ce devait être le cas, la clause ne serait pas valable et qu'il appartiendrait de toute façon au Tribunal saisi de se prononcer sur sa propre compétence.
  - Le 11 mars 2009, MIC et Sentel ont présenté leur mémoire en réplique dans lequel elles se sont bornées à confirmer leurs conclusions sur l'incompétence du Tribunal régional de Dakar, sans prendre de conclusions au fond (pièce C17D).
  - Le 7 avril 2009, la Défenderesse a déposé ses conclusions récapitulatives et en duplique (pièce C17E). Elle a maintenu ses précédentes conclusions sur l'incompétence du Tribunal régional de Dakar (pièce C17E).
  - Le 13 mai 2009, MIC et Sentel ont soumis leurs conclusions récapitulatives et en réplique (pièce C17F). Elles ont de nouveau soulevé l'incompétence du Tribunal régional de Dakar au profit du CIRDI.
  - Le 27 mai 2009, la Défenderesse a présenté ses conclusions additionnelles sur l'exception d'incompétence (pièce C17G). Elle a conclu à la compétence du Tribunal régional de Dakar.
  - Le 24 juin 2009, MIC et Sentel ont indiqué qu'elles n'avaient pas l'intention de répondre à la dernière écriture de la Défenderesse au motif qu'elle était répétitive. Elles ont affirmé maintenir l'ensemble de leurs demandes, fins et prétentions telles qu'elles avaient été exposées dans leurs précédentes écritures (pièce C17H).
  - A une date non précisée, le Tribunal régional de Dakar aurait, selon les indications de la Défenderesse, clôturé la procédure (Transcript de l'audience du 9 novembre 2009, version anglaise, p. 134).

Le Tribunal régional de Dakar avait fixé une audience le 23 septembre 2009. Selon les règles du Code de procédure civile sénégalais, l'objet de cette audience est d'informer les parties que le jugement est mis en délibéré, ce qui signifie que le Tribunal peut rendre sa décision à une date qu'il peut communiquer aux parties.

A la suite des interventions conjointes des deux Parties recommandées par le présent Tribunal arbitral lors de la première session tenue le 7 septembre 2009, le Tribunal régional de Dakar a accepté de reporter cette audience au 23 décembre 2009.

19. Nonobstant ces lettres et procédures, Sentel continue d'exploiter la Concession.

### C. Le Résumé de la procédure arbitrale

20. Le 11 novembre 2008, soit le jour où la Défenderesse ouvrait action devant le Tribunal de Dakar (ci-dessus n° 17), les Demanderesses ont adressé conjointement au Secrétariat du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après « le Secrétariat ») une « **Request for Arbitration** » (ci-après « Requête d'Arbitrage »).

Elles y ont pris les conclusions suivantes :

*“The Claimants request the following relief:*

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

21. Le 26 novembre 2008, le Secrétariat a invité les Demanderesses à fournir des informations supplémentaires concernant l'incorporation de Sentel au Sénégal, la représentation de Sentel, la propriété de Millicom sur Sentel, la qualification de Millicom de « ressortissant » dans le cadre du Traité bilatéral d'investissement entre les Pays-Bas et le Sénégal (ci-après le « BIT » ou le « Traité ») ainsi que le consentement du Sénégal de soumettre le présent litige à la compétence du Centre.

22. Le 5 décembre 2008, la Défenderesse a invité le Secrétariat à refuser l'inscription de la Requête au Rôle des instances d'arbitrages au motif que le Centre ne serait pas compétent. En réponse, les Demanderesses ont soumis, le 19 décembre 2008, une écriture intitulée « Observations on jurisdiction of the Centre » (ci-après « Observations sur la compétence du Centre »).
23. Le 30 décembre 2008, le Secrétariat a reçu les informations qu'il avait requises (cf. ci-dessus n° 21) et le 31 décembre 2008, il a enregistré la Requête d'Arbitrage.
24. Le 14 janvier 2009, les Demanderesses ont proposé une méthode pour constituer le Tribunal arbitral. A la suite d'un échange de courriers des 19 janvier, 23 février, 26 février et du 2 mars 2009, les Parties sont convenues de constituer un tribunal de trois arbitres, chaque Partie nommant un arbitre et les deux arbitres nommés désignant un président.
25. Le 1<sup>er</sup> avril 2009, les Demanderesses ont désigné le Professeur Kaj Hobér comme arbitre, lequel a accepté sa mission.
26. Le 7 avril 2009, la Défenderesse a désigné le Juge Ronny Abraham comme arbitre, lequel a accepté sa mission.
27. Le 5 juin 2009, les deux co-arbitres ont désigné le Professeur Pierre Tercier comme président du Tribunal arbitral, lequel a accepté sa mission.
28. Le 12 juin 2009, le Tribunal arbitral a été constitué.
29. Le 24 août 2009, les Demanderesses ont déposé une « **Provisional Measures Application** » (ci-après « la Requête » ; cf. ci-dessous n° 36).
30. Le 27 août 2009, le Tribunal arbitral a tenu une conférence téléphonique afin de discuter de la Requête soumise par les Demanderesses et de l'ordre du jour de la première session du Tribunal qu'il entendait tenir.
31. Le 1<sup>er</sup> septembre 2009, la Défenderesse a indiqué, par lettre, au Tribunal arbitral que la Requête soumise par les Demanderesses serait une nouvelle manière pour les Demanderesses de gagner du temps. Cependant, la Défenderesse ne s'opposerait pas à un renvoi de l'audience prévue devant le Tribunal régional de Dakar le 23 septembre 2009 (cf. ci-dessus n° 18).
32. Le 7 septembre 2009, le Tribunal arbitral a tenu sa première session avec les Parties à Paris. En ce qui concerne les questions non résolues, il a été convenu que le Tribunal arbitral prendrait les décisions nécessaires dans une ordonnance de procédure (cf. Procès-verbal de la session, p. 14).

Quant aux mesures conservatoires relatives à la procédure devant le Tribunal régional de Dakar, le Tribunal arbitral a pris acte que la Défenderesse ne s'opposait pas à la rédaction d'une lettre commune avec les Demanderesses afin de requérir le report de l'audience prévue le 23 septembre 2009. Les Parties sont en outre convenues que celle d'entre elles qui obtiendrait gain de cause ne ferait pas exécuter une éventuelle

décision du Tribunal régional de Dakar (cf. Procès-verbal de la première session, p. 15).

Le même jour, la Défenderesse a confirmé, par lettre, l'engagement pris lors de la première session.

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

**« 1.**

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

**2.**

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

**3.**

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

**4.**

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

**5.**

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

34. Le 5 octobre 2009, la Défenderesse a soumis son « **Mémoire en réponse à la demande de mesures conservatoires** » (ci-après « Réponse » ; cf. ci-dessous n° 37).
35. Le 9 novembre 2009, le Tribunal arbitral a tenu audience à Paris avec les Parties (cf. Transcript de l'audience du 9 novembre 2009). Les représentants des Parties ont eu l'occasion de présenter leurs moyens par oral et de répondre aux questions du Tribunal arbitral. A l'issue de cette audience, les représentants des deux Parties ont déclaré qu'elles n'avaient aucune nouvelle requête à formuler à propos de cette phase de la procédure.

Au cours de cette même audience, le Tribunal arbitral a évoqué avec les représentants des Parties quels pourraient être les calendriers pour les phases suivantes de la procédure, selon qu'il déciderait ou non de diviser la procédure et de traiter en deux phases successives les objections de juridiction et les questions de fond ; on rappelle que cette décision devrait être prise selon l'Ordonnance de procédure N° 1 (ci-dessus n° 33) après réception de la réponse des Demanderesses sur les objections de juridiction, mémoire à déposer au plus tard le 14 décembre 2009. A cet égard, il a été convenu que, si le Tribunal arbitral devrait ordonner la « bifurcation », la Défenderesse présenterait son mémoire en réplique sur la compétence le 15 janvier 2010, les Demanderesses leur mémoire de duplique le 15 février 2010, et que l'audience aurait lieu à Paris les 31 mars et/ou 1<sup>er</sup> avril 2010 (cf. Transcript de l'audience du 9 novembre 2009 à la fin).

## II. En droit

### A. Les Conclusions des Parties

36. Dans leur Requête (ci-dessus n° 29), les Demanderesses ont pris les chefs de conclusion suivants :

- « (a) *that the Respondent, the Republic of Senegal (**Senegal**), discontinues, or causes to be discontinued, the proceedings instituted by it in the Regional Court of Dakar, Senegal (the **Regional Court**) against Millicom International Cellular S.A. (**MIC**) (the ultimate parent of the Claimants) and Sentel, as described in section 2 below (the **Regional Court Proceedings**);*
- (b) *in the alternative, that Senegal agrees to stay such proceedings, or causes them to be stayed, for the duration that the present ICSID arbitration proceedings under reference number ICSID Case No. ARB/08/20 (the **ICSID Arbitration Proceedings**) are pending;*
- (c) *that Senegal does not seek to enforce, or cause to be enforced, any interim or final judgment of the Regional Court in relation to the Regional Court Proceedings while the ICSID Arbitration Proceedings are pending;*
- (d) *that the parties refrain from conduct that might aggravate or further extend the dispute submitted to this Tribunal; and*

(e) *that the Tribunal recommends any further measures or relief that it deems appropriate in the circumstances to preserve the rights identified in section 3.4 below, including the maintenance of the status quo.*» (Requête, n° 1).

37. Dans sa Réponse, la Défenderesse a pris la conclusion suivante :

*« Par ces motifs, la République du Sénégal conclut à ce qu'il plaise au Tribunal arbitral rejeter dans son intégralité la demande de mesures conservatoires présentée par MIO et Sentel. »* (Réponse, p. 37).

## **B. Le fondement des mesures conservatoires**

38. Le principe des mesures conservatoires est inscrit à l'article 47 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (ci-après « Convention CIRDI » ou « Convention de Washington »), sur la base de laquelle a été ouverte la présente procédure et qui dispose :

*« Sauf accord contraire des parties, le Tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, recommander toutes mesures conservatoires propres à sauvegarder les droits des parties. »*

L'article 47 de la Convention CIRDI est repris, complété et développé par l'article 39 du Règlement d'arbitrage qui est ainsi rédigé dans sa version actuelle :

*« (1) Une partie peut à tout moment, après l'introduction de l'instance, requérir que des mesures provisoires pour la conservation de ses droits soient recommandées par le Tribunal. La requête spécifie les droits devant être préservés, les mesures dont la recommandation est sollicitée et les circonstances qui rendent ces mesures nécessaires.*

*(2) Le Tribunal examine par priorité une requête faite en vertu du paragraphe (1).*

*(3) Le Tribunal peut de sa propre initiative recommander des mesures conservatoires ou des mesures autres que celles précisées dans une requête. Il peut à tout moment modifier ou annuler ses recommandations.*

*(4) Le Tribunal ne recommande des mesures conservatoires ou ne modifie ou n'annule ses recommandations qu'après avoir donné à chaque partie la possibilité de présenter ses observations. »*

Il y a lieu d'ajouter que les mesures conservatoires, provisoires par nature et par définition, peuvent être modifiées et annulées en tout temps par le Tribunal arbitral, ne jouissent pas de l'autorité de chose jugée (« *res judicata* »), ne valent que pour la durée de la procédure et deviendraient automatiquement sans objet si le Tribunal arbitral décidait qu'il est incompétent pour connaître du litige.

Conformément à l'article 39(4) du Règlement d'arbitrage, le Tribunal arbitral a « *donné à chaque Partie la possibilité de présenter ses observations* », et les Parties ont eu amplement l'occasion de s'exprimer par écrit et par oral.

Le Tribunal arbitral est dès lors en mesure de se prononcer en connaissance de cause sur la requête des Demanderesses.

### **C. Les conditions**

39. Des mesures conservatoires ne peuvent être accordées qu'aux quatre conditions suivantes :

- Il faut que le Tribunal arbitral soit compétent *prima facie* pour connaître de la requête au fond (cf. ci-dessous ch. 1) ;
- Il faut que la mesure sollicitée soit pour la sauvegarde de droits dont la protection est demandée (cf. ci-dessous ch. 2) ;
- Il faut que la mesure soit nécessaire (ci-dessous ch. 3) ; et
- Il faut que la mesure soit urgente (ci-dessous ch. 4).

Le Tribunal arbitral examinera ci-dessous chacune de ces conditions.

#### **1. La compétence *prima facie* du Tribunal arbitral**

40. Les Parties divergent quant à la compétence du Tribunal arbitral pour se prononcer sur la Requête aux fins de mesures conservatoires.

- En bref, les Demanderesses estiment que la compétence *prima facie* du Tribunal arbitral est avant tout établie par l'enregistrement de la Requête d'Arbitrage conformément à l'article 36 de la Convention CIRDI (Requête, n° 35) ; que le Tribunal arbitral est compétent à l'égard de Sentel en vertu de l'article 11 de la Concession ; que le Tribunal arbitral a compétence à l'égard de MIO et de Sentel en vertu de l'article 10 du BIT entre le Sénégal et la République des Pays-Bas.
- En bref, la Défenderesse considère que le simple enregistrement de la Requête d'Arbitrage ne suffit pas à établir une compétence *prima facie*, que l'article 11 de la Concession ne contient pas une clause compromissoire, et que l'article 10 du Traité n'est pas applicable faute pour MIO d'être un investisseur au sens de la disposition et faute pour Sentel d'être un ressortissant d'un autre Etat.

41. L'essentiel du débat porte autour de deux dispositions dont il importe de rappeler le contenu :

- L'article 11 de la Concession a la teneur suivante :

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

- L'article 10 du Traité entre le Sénégal et les Pays-Bas a la teneur suivante :

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

42. Il est incontesté selon la jurisprudence des tribunaux qui se sont prononcés sur la base de la Convention de Washington que le seul fait pour une partie de contester la compétence d'un Tribunal arbitral formellement saisi ne suffit pas à priver celui-ci de la compétence d'ordonner des mesures conservatoires<sup>1</sup>. Si l'on admettait le contraire, il serait aisé à une partie de soulever un déclinatoire de compétence, quel qu'il soit, pour priver pratiquement l'institution d'une grande partie de sa portée. Or il est également incontesté et incontestable que les mesures conservatoires constituent un moyen essentiel dans le fonctionnement et pour l'efficacité du système d'arbitrage du CIRDI ; dans l'attente d'une décision au fond et pour autant que les conditions en soient remplies, il s'agit autant que possible de garantir que ne puissent être prises des décisions qui reviendraient en fait à priver cette décision de l'essentiel de ses effets<sup>2</sup>.

Cela dit, et inversement, il ne suffit pas à une partie d'engager une procédure pour fonder la compétence du Tribunal arbitral saisi d'ordonner des mesures conservatoires. La solution serait tout aussi indéfendable.

C'est pour tenir compte de ces intérêts opposés que la pratique admet que le Tribunal arbitral doit au moins constater qu'il dispose d'une compétence *prima facie* pour se prononcer sur les conclusions qui sont prises au fond. Cela implique que le Tribunal arbitral ne doit pas et ne peut pas examiner de manière approfondie l'ensemble des moyens et des arguments dont il est saisi au fond ; il doit nécessairement se contenter d'une première analyse, « à première vue ». Il est pour cela nécessaire mais suffisant que les faits allégués par la partie requérante puissent fonder cette compétence, sans qu'il soit besoin ni possible à ce stade de les vérifier et de les analyser en profondeur.

43. C'est à la lumière de ces principes que le Tribunal arbitral entend examiner s'il a compétence *prima facie* pour se prononcer sur les chefs de conclusion qui lui ont été soumis :

---

<sup>1</sup> Voir par exemple, *Victor Pey Casado et Fondation Président Allende c. République du Chili*, Aff. CIRDI No ARB/98/2, Décision sur les mesures conservatoires, 25 septembre 2001, para 7 : « Aussi la jurisprudence internationale est-elle claire à cet égard : l'instance dont la compétence est contestée n'est nullement privée du pouvoir de décider des mesures provisoires. » (ci-après « *Pey Casado* »).

<sup>2</sup> Voir par exemple, *Tokios Tokeles c. Ukraine*, Aff. CIRDI No ARB/02/18, Ordonnance de procédure No. 1, 1<sup>er</sup> juillet 2003, para. 2 : « the parties to a dispute over which ICSID has jurisdiction must refrain from any measure capable of having a prejudicial effect on the rendering or implementation of an eventual ICSID award or decision, and in general refrain from any action of any kind which might aggravate or extend the dispute or render its resolution more difficult » (ci-après « *Tokios Tokeles* »). Voir aussi *Pey Casado*, précit., para 26 : « les mesures conservatoires ont, notamment ou principalement, pour but de préserver ou protéger l'efficacité de la décision à intervenir sur le fond, donc d'éviter de « porter préjudice à l'exécution de la sentence » et/ou d'empêcher que, de façon unilatérale, une Partie par action ou omission porte atteinte aux droits éventuels de la Partie adverse. »

- a) Les Demanderesses entendent tirer argument du fait que le Secrétariat du CIRDI a accepté d'enregistrer la Requête d'Arbitrage déposée par les Demanderesses (ci-dessus en FAIT). Il est exact que le Secrétariat est en droit de refuser d'enregistrer une requête en vertu de l'article 36(3) de la Convention de Washington qui a la teneur suivante :

« *Le Secrétaire général doit enregistrer la requête sauf s'il estime au vu des informations contenues dans la requête que le différend excède manifestement la compétence du Centre. Il doit immédiatement notifier aux parties l'enregistrement ou le refus d'enregistrement.* »

Pour le Tribunal arbitral, le seul enregistrement de la Requête d'Arbitrage peut certes constituer un indice de la compétence *prima facie*, mais en aucun cas une condition suffisante. La procédure revêt un caractère sommaire et n'est destinée qu'à effectuer un premier tri afin d'écarter d'emblée des requêtes qui seraient manifestement en dehors de la compétence du Centre. La décision est prise en principe sur la seule base de la Requête d'Arbitrage et des informations complémentaires fournies par la partie requérante, sans même attendre ni formellement requérir les commentaires de l'autre partie.

Les exigences sont nécessairement plus élevées au stade des mesures conservatoires, puisque le Tribunal arbitral a pu recevoir, spontanément ou à sa demande des informations complémentaires, qui lui permettent dès lors, certes sur une base encore provisoire, de porter un premier jugement sur sa compétence.

L'argument de l'enregistrement n'est dès lors pas suffisant à lui seul à fonder la compétence *prima facie* du Tribunal arbitral.

- b) Les Demanderesses estiment ensuite que la compétence *prima facie* du Tribunal arbitral est établie en vertu de l'article 11 de la Concession reproduit ci-dessus. Cette compétence ne peut valoir qu'à l'égard de Sentel, qui est bien partie à la Concession, mais non à l'égard de MIO, qui ne l'est pas.

Pour le Tribunal arbitral, la clause de l'article 11 de la Concession n'est pas dépourvue d'ambiguïtés. Elle semble faire du recours à l'arbitrage une possibilité offerte aux parties (« *peuvent* ») et non une voie exclusive ; elle laisse ouverte la question de l'institution sous l'égide de laquelle la procédure sera organisée ; la liste des institutions visées (OHADA, CIRDI, CCI) n'est elle-même pas exhaustive (« *etc.* »). Il n'est pas impossible comme le prétend la Défenderesse que la disposition n'entende marquer qu'une incitation faite aux parties à passer un compromis arbitral en vue de la soumission de la difficulté à l'une des institutions mentionnées.

Pour le Tribunal arbitral, ces arguments ne permettent pas d'exclure d'emblée une autre interprétation. La disposition ne fait en effet aucune référence aux tribunaux locaux et il y aurait de bons motifs pour justifier que les litiges liés à une concession de cette nature soient soumis à des juridictions arbitrales internationales, du format des institutions qui sont mentionnées. Qui plus est, la clause contient une claire référence à l'arbitrage et il n'est pas d'emblée exclu que

la possibilité donnée à une partie vise non le choix de la procédure, mais l'institution visée, comme le prétendent les Demanderesses.

Le fait est que celles-ci ont également contesté la compétence du Tribunal régional de Dakar prenant même le risque de renoncer à se déterminer sur les conclusions que la République du Sénégal a prises sur le fond devant ce Tribunal.

Dans ces conditions, le Tribunal arbitral considère qu'il a compétence *prima facie* pour se prononcer sur la Requête d'Arbitrage dans la mesure où elle repose sur la Concession.

- c) Les Demanderesses considèrent enfin que le Tribunal arbitral a également compétence pour se prononcer sur la base de l'article 10 du Traité, dont le texte a été reproduit ci-dessus. Cette compétence viserait au premier chef MIO, qui affirme pouvoir se mettre au bénéfice du Traité, et indirectement seulement Sentel qui est une société sénégalaise.

Pour le Tribunal arbitral, sa compétence n'est pas évidente non plus sous cet angle, parce qu'il appartient à la Demanderesse 2 de prouver qu'elle peut bénéficier de la protection en dépit du fait que le Traité semble la limiter aux personnes physiques, et qu'il doit être encore établi qu'elle a effectivement procédé à un investissement au Sénégal, au sens du Traité.

Cela dit, le Tribunal arbitral admet que le doute est possible parce que la formulation du Traité n'est pas dépourvue d'ambiguïté, comme il est possible que MIO, par des liens qui seront décrits, puisse avoir effectué un investissement au Sénégal par sa participation (directe ou indirecte) au capital social de Sentel.

Qui plus est, il apparaît au Tribunal arbitral qu'ayant admis sa compétence *prima facie* à l'égard de Sentel, il peut par attraction l'admettre pour MIO d'autant plus que les mesures conservatoires qui sont sollicitées visent au premier chef la poursuite de la procédure devant le Tribunal régional de Dakar, procédure à laquelle MIO n'est précisément pas partie.

## **2. La sauvegarde de droits dont la protection est demandée**

44. La deuxième condition mise à l'octroi des mesures conservatoires est qu'elles soient nécessaires à la sauvegarde des droits dont la protection est visée par la procédure ouverte au fond.

- a) Pour les Demanderesses, l'octroi de la mesure est directement liée aux droits dont elles demandent la protection : celui de soumettre le litige exclusivement à la compétence du CIRDI conformément à l'article 26 de la Convention CIRDI, à l'exclusion de toute voie de droit nationale, internationale, judiciaire ou administrative ; celui de pouvoir poursuivre leurs demandes sans que la procédure arbitrale devienne sans objet au motif d'une décision contraire rendue par le tribunaux sénégalais (Requête, n° 42).
- b) Pour la Défenderesse, il n'existe aucun lien entre les mesures conservatoires demandées et le litige soumis au Tribunal arbitral. Par leur Requête, les

Demanderesses demanderaient au Tribunal arbitral de suspendre l'application effective de la décision par laquelle la République du Sénégal a décidé de mettre fin à l'autorisation d'exploiter dont bénéficiait Sentel. Il s'agirait d'une demande fondamentale, dont l'examen supposerait une prise de position sur le fond du dossier, et donc un pré-jugement (Réponse, n° 97). En outre, les Demanderesses n'auraient pas saisi le Tribunal arbitral d'une conclusion tendant à l'annulation de la décision qui a mis fin à l'autorisation d'exploiter (Réponse, n° 99). Quant à l'argument concernant l'article 26 de la Convention CIRDI, la Défenderesse allègue que les deux litiges ne sont pas liés (Réponse, n° 110). Il n'y aurait ni identité de parties ni identité d'objet, puisque devant le Tribunal régional de Dakar, les demandes seraient exclusivement fondées sur le comportement de MIC et Sentel postérieurement à la résiliation de la Concession (Réponse, n° 132 et 133). Enfin, il n'y aurait pas d'identité des causes dans les deux litiges (Réponse, n° 134 et *seq.*). Un jugement du Tribunal régional qui ferait entièrement droit aux conclusions du Sénégal ne porterait aucun tort aux intérêts que les Demanderesses entendraient faire valoir dans le cadre de la présente instance arbitrale (Réponse, n° 141).

45. Pour le Tribunal arbitral, les objections soulevées par la Défenderesse ne sont pas déterminantes :
- a) S'il est vrai que les conclusions prises jusqu'ici devant lui par les Demanderesses semblent ne viser que la réparation du dommage, rien ne s'opposerait en soi à ce qu'elles les modifient en cours de procédure, une mesure qui ne leur est nullement interdite dans la limite du principe du contradictoire et dans la limite de la compétence du Tribunal. Qui plus est, en dépit de la formulation des conclusions, telles que citées au paragraphe 20 supra, l'argumentation développée mentionne la possibilité de demander la restitution (cf. n° 60 de la Requête d'Arbitrage).
  - b) Il ne peut pas être contesté que les deux procédures concernent les mêmes états de fait, à savoir les conditions dans lesquelles se sont développées les relations entre les parties liées à la Concession de téléphonie mobile. En dépit de la formulation provisoire ou définitive des conclusions prises, elles reposent ou peuvent reposer sur le même objet, qui est celui de l'existence et du maintien de la Concession. Le sort des conclusions pécuniaires prises dans l'une ou l'autre procédure en dépend directement.
  - c) La Défenderesse relève que les parties aux deux procédures ne sont pas les mêmes, puisque MIC est partie à la procédure judiciaire mais non à la présente procédure alors que MIO est partie à la présente procédure alors qu'elle ne l'est pas à la procédure sénégalaise. L'argument n'est pas déterminant non plus dans la mesure où les qualités des parties ne sont pas nécessairement définies de la même manière dans les deux procédures. En particulier, et pour autant que toutes les autres conditions soient réunies, la Demanderesse 2 à la présente procédure (MIO), si elle peut se prévaloir d'un investissement protégé par sa participation au capital de Sentel, a un intérêt évident au sort de la procédure sénégalaise.
  - d) On relèvera que ce n'est pas le lieu de trancher ici la question de savoir si le présent Tribunal arbitral aurait le pouvoir d'ordonner une restitution et celui d'ordonner à la République du Sénégal de respecter la Concession, si sa validité

était avérée. Quelles que soient les conclusions prises, l'objet essentiel des deux procédures porte sur la validité de la concession.

- e) Enfin, il est admis que les droits protégés peuvent également s'entendre de droits procéduraux tels que le droit général au *status quo* et le droit à la non aggravation du différend<sup>3</sup>.

### 3. La nécessité

46. Pour qu'un Tribunal arbitral puisse recommander des mesures conservatoires, il faut en plus qu'elles soient nécessaires :

- a) Pour les Demanderesses, une décision du Tribunal régional de Dakar engendrerait un préjudice irréparable, au cas où la Concession serait déclarée invalide (Requête, n° 59).
- b) Pour la Défenderesse, l'existence d'un préjudice irréparable n'aurait pas été démontré puisqu'en cas de décision qui causerait préjudice aux Demanderesses, celles-ci pourraient solliciter du Tribunal arbitral des mesures de compensation équitables pour remédier à la situation (Réponse, n° 89). En outre, Millicom ne serait pas affectée par un éventuel jugement du Tribunal régional de Dakar puisqu'elle n'est même pas partie à la procédure sénégalaise. Selon la Défenderesse, il serait inéquitable que le Tribunal arbitral accorde à Millicom le droit d'arrêter toute procédure entreprise par le Sénégal contre Sentel et MIC, au seul motif que Millicom se serait prévalu de la Convention et du Traité sénégalonéerlandais alors que le Sénégal n'aurait aucun moyen de faire valoir quelque grief que ce soit contre cette société (Réponse, n° 116 et 128). En ce qui concerne le préjudice, la Défenderesse allègue que dans l'hypothèse où le Tribunal régional de Dakar ferait intégralement droit aux demandes du Sénégal et condamnerait solidairement MIC et Sentel à payer toutes les sommes réclamées par l'Etat, MIC serait en mesure de payer les sommes demandées sans que cela mette en danger son existence (Réponse, n° 146).

47. Pour le Tribunal arbitral, il est exact qu'en soi rien ne s'opposerait à ce que les deux procédures se déroulent plus ou moins simultanément, une situation qui s'est déjà présentée dans d'autres affaires soumises au CIRDI. Il faut convenir que la solution est loin d'être idéale et qu'elle peut soulever une série de difficultés pratiques, selon le rythme pris par l'un ou l'autre Tribunal. Il faut pour cette raison envisager les deux scénarii :

---

<sup>3</sup> Voir par exemple, *Burlington Resources Inc. et autres c. République d'Equateur et Empresa Estatal Petroleos del Ecuador*, Aff. CIRDI No ARB/08/5, Ordonnance de procédure No. 1, 29 juin 2009, para. 60 : « *In the Tribunal's view, the rights to be preserved by provisional measures are not limited to those which form the subject-matter of the dispute or substantive rights as referred to by the Respondents, but may extend to procedural rights, including the general right to the status quo and to the non-aggravation of the dispute. These latter rights are thus self-standing rights* », se référant à d'autres décisions. Dans le même sens, *Tokios Tokelés, précit.*, Ordonnance de procédure No. 3, 18 janvier 2005, para. 7 : « *Among the rights that may be protected by provisional measures is the right guaranteed by Article 26 to have the ICSID Arbitration be the exclusive remedy for the dispute to the exclusion of any other remedy [ . . . ]* ».

- a) Il est probable que, si aucune mesure particulière n'est prise, le Tribunal régional de Dakar rendra sa décision avant que ne soit achevée la procédure arbitrale. Il est vrai qu'il reste possible que la partie qui aurait succombé, que ce soit la République ou Sentel, dépose un recours en appel contre cette décision, voire, après le prononcé de la Cour d'Appel un recours en cassation. Selon les informations données à l'audience du 9 novembre 2009, le recours en appel a un effet suspensif, sauf si le Tribunal régional de Dakar a ordonné l'exécution provisoire à la demande d'une partie, demande qui a été présentée dans la procédure en cours.

Ces aspects étant provisoirement laissés de côté, on peut imaginer que le jugement du Tribunal régional de Dakar sera rendu avant la sentence du Tribunal arbitral. Celui-ci n'est certes pas lié par les décisions prises par la juridiction nationale<sup>4</sup>. Il est vrai toutefois que l'objet de la procédure arbitrale risque de changer, puisque les Demanderesses pourraient selon les cas également vouloir intégrer dans les reproches faits l'issue de la procédure sénégalaise, au regard de la Concession, voire du Traité.

La conduite parallèle des deux procédures engendrera nécessairement des complications, des incompréhensions, voire de sérieuses résistances au moment de l'exécution dans l'hypothèse où le Tribunal arbitral donnerait raison aux Demanderesses.

- b) Il est en soi théoriquement possible que la procédure arbitrale se termine avant l'épuisement des recours ouverts au Sénégal. La difficulté dans ce cas, si la décision ne correspond pas aux conclusions des tribunaux sénégalais, sera de faire accepter et respecter cette décision, puisqu'elle aura dans ce cas priorité sur les dites conclusions.

Dans un cas comme dans l'autre, la poursuite parallèle des deux procédures sera source de difficultés, qui ne seront pas nécessairement dans l'intérêt de l'une ou de l'autre partie, sans parler des incompréhensions voire des mécontentements qui pourraient en résulter. L'objectif de la mesure serait ainsi de garantir le *status quo*.

La réponse dépend en définitive largement du facteur temps, raison pour laquelle il importe de passer à l'examen de la condition d'urgence.

#### **4. L'urgence des décisions**

48. Il est incontesté que, pour être admises, les mesures conservatoires doivent également présenter un certain caractère d'urgence. Il doit être établi que, si les mesures ne sont pas ordonnées rapidement, il y a de fortes chances que les droits des parties requérantes soient mis en danger<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> De fait, « *The right to seek access to international adjudication must be respected and cannot be constrained by an order of a national court. Nor can a State plead its internal law in defence of an act that is inconsistent with its international obligations. Otherwise, a Contracting State could impede access to ICSID arbitration by operation of its own law* », *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République islamique du Pakistan*, Aff. CIRDI No ARB/01/13, Ordonnance de procédure No 2, 16 octobre 2002, 18 ICSID Rev.-FIJL (2003), p. 300.

<sup>5</sup> Voir en ce sens, *Passage par le Grand-Belt* (Finlande c. Danemark), Mesures conservatoires, Ordonnance du 29 juillet 1991, I.C.J. Recueil 1991, p. 12, para 23 : « *Considérant que les mesures conservatoires visées à l'article 41 du Statut [modèle de l'article 47 de la Convention CIRDI] sont indiquées «en attendant l'arrêt*

En l'espèce, il est probable sous les réserves indiquées plus haut, que le Tribunal régional de Dakar rendra une décision avant le Tribunal arbitral. Si l'on entend prévenir les difficultés qui viennent d'être évoquées, il importe de prendre une mesure qui permette d'éviter que la procédure arbitrale ne perde en pratique l'essentiel de sa portée.

Une telle mesure, provisoire par nature, ne peut être prolongée excessivement, en raison de l'insécurité qu'elle engendre. Pour cette raison, elle doit être limitée dans le temps. Cette précaution est en l'espèce d'autant plus justifiée qu'il apparaît que le Tribunal arbitral pourrait se prononcer rapidement sur la question centrale à ce stade, celle de sa propre compétence. Le fait que cette décision implique une suspension de la procédure devant le Tribunal régional de Dakar ne devrait pas paraître intolérable à la Défenderesse : selon elle et si elle a raison, la situation illégale dure depuis plusieurs années et ce n'est pas lui causer un dommage irréparable que de l'inviter à la tolérer de quelques mois encore, d'autant moins que, s'il devait apparaître qu'elle est pleinement dans ses droits, elle conserverait la possibilité de demander des compensations pécuniaires supplémentaires.

#### **D. Les conséquences**

49. Dès lors que les conditions en sont remplies, le Tribunal arbitral admet quant au principe la Requête aux fins de mesures conservatoires. Selon le texte de l'article 47 de la Convention CIRDI, un tribunal arbitral est en droit d'émettre des « *recommandations* ». Il a néanmoins été admis dans certaines décisions rendues par des tribunaux constitués sur la base de cette Convention, que la formulation choisie n'empêchait pas un tribunal arbitral d'ordonner ces mesures<sup>6</sup>. Pour le Tribunal arbitral la question peut rester indécise du fait que la nature de la mesure requise en l'espèce se concilierait mal avec une injonction faite aux Parties :

- a) La suspension de la procédure ne peut être le fait unilatéral de la Défenderesse, puisqu'elle ne peut être ordonnée que par le Tribunal régional de Dakar auquel le présent Tribunal ne peut donner aucun ordre. Ce qui est possible en revanche, c'est de recommander à la Défenderesse qu'elle requière, par une lettre conjointe avec l'autre partie, du Tribunal régional de Dakar qu'il accepte de suspendre la procédure, dans l'intérêt des deux procédures. C'est la voie qui a été suivie pour la demande de report de l'audience du 23 septembre 2009 et elle a été parfaitement mise en œuvre.
- b) Le Tribunal arbitral est confiant que la Défenderesse, consciente des enjeux, acceptera de se conformer à cette nouvelle recommandation, sans qu'il soit nécessaire de lui en intimer l'ordre. La compréhension dont a fait preuve jusqu'ici la République du Sénégal permet d'augurer que ce sera également le cas en l'occurrence.
- c) Même s'il devait en aller autrement, le Tribunal arbitral est conscient du fait que, s'il ne devait pas être suivi, une injonction qu'il pourrait adresser, à supposer qu'il

---

*définitif* » de la Cour au fond et ne sont par conséquent justifiées que s'il y a urgence, c'est-à-dire s'il est probable qu'une action préjudiciable aux droits de l'une ou de l'autre Partie sera commise avant qu'un tel arrêt définitif ne soit rendu. »

<sup>6</sup> Voir Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention : A Commentary* (Cambridge 2009), Article 47, paras. 15 à 22 et *Pey Casado, précit.*, paras. 17 à 24.

en ait le pouvoir, ne se prêterait de toute façon pas à une procédure d'exécution forcée.

Pour cette raison, le Tribunal arbitral émettra une recommandation.

50. On l'a dit, s'il entend faire droit en partie à la Requête, le Tribunal arbitral est d'avis que les effets de sa recommandation devraient être limités dans le temps.

La question essentielle est en l'espèce de savoir s'il a lui-même compétence pour se prononcer sur les conclusions qui lui ont été soumises. Si en effet, il devait décider qu'il n'est pas compétent, les mesures tomberaient automatiquement et la Défenderesse pourrait poursuivre la procédure devant les autorités judiciaires sénégalaises. S'il devait au contraire décider qu'il est compétent, il serait approprié qu'il réexamine la situation et décide, à la requête d'une partie ou de sa propre autorité, s'il convient de reconduire sa recommandation ou de la modifier.

Pour cette raison, la durée des mesures conservatoires doit être limitée à la décision que le présent Tribunal rendra sur sa propre compétence.

51. Selon les décisions prises dans l'ordonnance du 14 septembre 2009 (cf. ch. 3), le Tribunal arbitral devrait décider, après réception de la réponse des Demanderesses, s'il entend traiter toutes les questions simultanément ou s'il ne convient pas de commencer par traiter du problème de la compétence. Au vu des développements liés aux mesures conservatoires requises, il apparaît toutefois au Tribunal arbitral qu'il est justifié en l'espèce de commencer de toutes façons par se prononcer sur les objections faites à sa propre compétence. Il importe que la clarté soit faite le plus rapidement sur les relations qui existent ou peuvent exister entre les procédures en cours. Les objections faites par la Défenderesse, même si elles ne peuvent être admises sans examen approfondi, appellent une décision rapide.

Lors de l'audience du 9 novembre 2009, le Tribunal arbitral a envisagé avec les Parties quel pourrait être le calendrier au cas où il déciderait de se prononcer d'abord sur les objections faites à sa propre compétence ; il apparaît que le rythme envisagé est soutenu, ce qui devrait permettre au Tribunal arbitral de rendre sa décision avant l'été. A son avis, cette constatation est de nature à rendre acceptable également la recommandation qu'il adresse aux deux Parties, mais en fait principalement à la Défenderesse.

Par conséquent, et sans attendre la réception de la réponse des Demanderesses, le Tribunal arbitral décide que la procédure sera scindée et qu'il commencera par se prononcer sur les objections soulevées par la Défenderesse à l'encontre de sa propre compétence, conformément au calendrier qui avait été envisagé lors de l'audience du 9 novembre 2009 (Transcript de l'audience du 9 novembre 2009, version anglaise, pp.153-157). Les détails de ce calendrier seront confirmés par une ordonnance de procédure qui sera adressée aux Parties aussitôt après la notification de la présente décision.

**E. Les autres demandes**

52. Les Demanderesses ont formé d'autres conclusions complémentaires à celles concernant la suspension de la procédure devant le Tribunal régional de Dakar (cf. ci-dessus n°36), le Tribunal arbitral considère qu'il n'est pas nécessaire en l'état de se prononcer à ce sujet, compte tenu de la portée de la recommandation adressée aux Parties.

**Par ces motifs, le Tribunal recommande ce qui suit**

- 1. La Défenderesse est invitée à adresser en commun avec la Demanderesse 2 une requête au Tribunal régional de Dakar afin qu'il suspende la procédure pendante au Sénégal.**
- 2. Cette mesure est valable jusqu'à ce que soit prise la décision du présent Tribunal arbitral se prononçant sur sa propre compétence.**
- 3. En modification de l'Ordonnance qu'il a prise le 14 septembre 2009, le Tribunal arbitral décide qu'il se prononcera en priorité sur les objections soulevées par la Défenderesse à sa compétence ; le calendrier de cette phase de la procédure sera communiqué aux Parties par une Ordonnance qui leur sera transmise après la notification de la présente décision, sur la base du calendrier envisagé lors de l'audience du 9 novembre 2009.**
- 4. Les autres demandes seront, au besoin, examinées plus tard à la requête expresse des Demanderesses.**
- 5. Le Tribunal réserve la question de l'allocation des coûts de cette procédure.**

Paris,

Date : le 9 décembre 2009

[*Signé*]

Au nom du Tribunal arbitral  
Pierre Tercier, Président