

Decision du Tribunal Arbitral

en date du 19 juillet 1984
sur le Déclinatoire de Compétence
soulevé par le Gouvernement de la République du Sénégal
dans l'affaire ARB/82/1
SOABI
contre
la République du Sénégal

(signée par le Président du Tribunal le 1^{er} août 1984 et identifiée par référence à cette date dans la sentence du tribunal du 25 février 1988)

DECISION

Sur le déclinatoire de compétence soulevé par le Gouvernement du Sénégal dans la procédure d'arbitrage,

entre

la Société Ouest Africaine des Bétons Industriels, demanderesse représentée par Me Gilbert-Charles Danon, comme représentant et conseil,

et

la République du Sénégal, défenderesse représentée par M. Moctar Mbacké, agent judiciaire de l'Etat comme représentant, et M. Patrick F. Murray et Me Christian Valantin, comme conseils,

LE TRIBUNAL,

ainsi composé: Président M. Broches, arbitres Baron Van Houtte, M. Mbaye

rend la décision suivante:

La Requête

1. Le 5 novembre 1982 la Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (ci-après "SOABI"), société anonyme ayant son siège social à Dakar, a fait parvenir au Secrétaire Général du Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (ci-après "Centre" ou "CIRDI") à Washington, D.C. une requête d'arbitrage contre la République du Sénégal (ci-après "le Gouvernement"), fondant son action sur une clause compromissoire contenue dans un document intitulé "Convention d'Etablissement relative à une usine de préfabrication d'éléments en béton armé" (ci-après "Convention d'Etablissement"), ladite Convention conclue le 3 novembre 1975 entre le Gouvernement et la SOABI, le tout en application de l'article 36 de la Convention pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'Autres Etats (ci-après "la Convention"), des articles 1, 2 et 4 du Règlement d'Introduction des Instances du Centre et de l'article 15(1) du Règlement Administratif et Financier du Centre.
2. La requête tend à la réparation du préjudice qu'aurait subi la SOABI du fait d'une prétendue rupture par le Gouvernement d'un contrat de construction de 15.000 logements sociaux.
3. Le Secrétaire Général du Centre a enregistré la requête le 8 novembre 1982.

La constitution du Tribunal Arbitral

4. Le 3 février 1983 le Gouvernement et la SOABI ont désigné d'un commun accord M. Kéba Mbaye (de nationalité sénégalaise) et le Baron Jean Van Houtte (de nationalité belge) comme arbitres. Par lettre du 9 mars 1983 le Baron Van Houtte notifia au Centre son acceptation. M. Kéba Mbaye notifia son acceptation au Centre par lettre du 24 mars 1983.
5. Le 3 février 1983 le Gouvernement et la SOABI ont également désigné d'un commun accord M. Pierre Lalive (de nationalité suisse) comme arbitre et Président du Tribunal. Le 18 avril 1983 M. Lalive a décliné sa désignation. Faute par les parties d'avoir pu parvenir à la désignation commune du troisième arbitre, la SOABI, par lettre du 17 juin 1983 et se basant sur l'article 38 de la Convention, a demandé au Président du Conseil Administratif du Centre de nommer le Président du Tribunal. Le Professeur R.L. Bindschedler (de nationalité suisse) a été nommé le 22 juillet 1983 et a accepté sa nomination en qualité d'arbitre et sa désignation comme Président du Tribunal le 15 septembre 1983. Conformément à l'article 6 du Règlement d'Arbitrage, le Tribunal a alors été constitué et l'instance engagée.

Suspension de l'instance et reconstitution du Tribunal

6. Par lettre du 21 octobre 1983 le Professeur Bindschedler a soumis sa démission du Tribunal et l'instance a été suspendue en vertu de l'article 10 (2) du Règlement d'Arbitrage. Le Président du Conseil Administratif du Centre, en application des articles 4 et 11 du Règlement d'Arbitrage a nommé M. Aron Broches (de nationalité néerlandaise) comme arbitre et l'a désigné comme Président du Tribunal le 2 décembre 1983.

7. M. Broches a notifié son acceptation le 5 décembre 1983. Les 21 et 27 décembre respectivement la SOABI et le Gouvernement ont donné leur accord à la composition du Tribunal. Ainsi chacun des membres du Tribunal a été désigné conformément à l'article 39 de la Convention. Ils ont tous signé la déclaration prévue à l'article 6 du Règlement d'Arbitrage.

Consultations préliminaires

8. Le Tribunal s'est réuni pour une session préliminaire le 19 janvier 1984 à La Haye, dans le but de préparer un ordre du jour pour la première session du Tribunal et, en application de l'article 60 de la Convention, de fixer les honoraires de ses membres. Au cours de cette réunion le Tribunal a fixé les honoraires des arbitres à 600 DTS par jour en application de l'article 13 du Règlement Administratif et Financier et a délégué au Président le pouvoir de fixer les délais de procédure. Les parties ont été informées.

Première session du Tribunal

9. Le 21 janvier 1984 le Tribunal s'est réuni à La Haye en présence des parties et a constaté qu'il a été valablement constitué. Au cours de cette session, en accord avec les parties, il a pris les dispositions suivantes:

- a) le lieu de l'instance sera Paris, étant entendu que le Tribunal peut se réunir sans les parties en tout autre lieu qu'il jugera utile;
- b) la langue de procédure sera le français; et
- c) le nombre de copies des documents à déposer sera de cinq exemplaires.

10. Le Tribunal, à la même date du 21 janvier 1984, a adopté une Ordonnance de Procédure no. 1 ainsi conçue:

“Le Tribunal Arbitral:

1. fixe au 5 février 1984 le délai pour le dépôt de la déclaration de la partie demanderesse indiquant que la requête d'arbitrage déposée par elle constitue aussi son mémoire;
2. fixe un délai de 60 jours après réception par le Centre de la déclaration sus-mentionnée pour le dépôt par la partie défenderesse de son contre-mémoire; et
3. prie le Secrétaire Général dès réception de la déclaration sus-mentionnée d'en informer la partie défenderesse par télégramme ou télex.”

Le déclinatoire de compétence

12. Le 8 mars 1984 le Gouvernement a déposé un déclinatoire de compétence au sens de l'article 41 de la Convention. Conformément à l'article 41(3) du Règlement d'Arbitrage la procédure sur le fond de l'affaire a été suspendue ce jour. Le déclinatoire de compétence, soulevé dans les délais impartis par la Convention, est recevable en la forme comme le Tribunal l'a constaté dans son Ordonnance de Procédure no. 3 en date du 17 mai 1984.

13. Dans son déclinatoire le Gouvernement a affirmé que celui-ci est fondé dans la mesure où les parties n'ont pas consenti à soumettre le présent différend à la compétence du CIRDI. Pour démontrer le bien fondé de cette affirmation le Gouvernement a déclaré que la seule clause d'attribution de compétence au CIRDI pour le règlement de différends entre lui-même et la SOABI est contenue dans la Convention d'Etablissement. Or, selon le Gouvernement, cette clause d'attribution de compétence ne vise pas le différend soumis au Centre par la SOABI. Par ces motifs, le Gouvernement a prié le Tribunal de décider par une sentence que le déclinatoire de compétence est fondé et recevable.

14. Le 9 mars 1984 le Président du Tribunal, dans l'Ordonnance de Procédure no. 2, a fixé les délais suivants pour les observations successives des parties au sujet du déclinatoire: pour la SOABI, le 9 avril 1984; pour la réponse éventuelle du Gouvernement, le 26 avril 1984; et pour la réplique éventuelle de la SOABI, le 14 mai 1984.

15. Le 3 avril 1984 la SOABI a déposé un mémoire en réponse sur le déclinatoire de compétence dans lequel elle conteste le bien fondé de l'interprétation soutenue par le Gouvernement en ce qui concerne l'étendue de la Convention d'Etablissement et partant de la clause d'attribution de compétence au CIRDI y contenue, et soutient que le Tribunal est compétent pour statuer sur le litige en cause.

16. Dans son mémoire additionnel au déclinatoire de compétence en date du 16 avril 1984, le Gouvernement a répondu aux objections formulées par la partie adverse contre l'interprétation de la Convention d'Etablissement. En outre, il a fait valoir un nouveau moyen pour soutenir son déclinatoire, à savoir qu'à la date de la conclusion de la Convention d'Etablissement, la SOABI, étant contrôlée par une société panaméenne, n'avait donc pas la qualité de "ressortissant d'un autre Etat contractant" au sens de l'article 25(2)(b) de la Convention et que partant la condition de nationalité prévue à l'article 25 de la Convention n'est pas remplie en l'espèce.

17. Le 14 mai 1984 la SOABI a déposé son mémoire en réplique. Elle a maintenu que la SOABI remplit les conditions de l'article 25 de la Convention, bien qu'étant contrôlée par une société panaméenne, du fait que cette dernière est à son tour contrôlée par des ressortissants d'Etats contractants. Elle continue, par ailleurs, le débat avec la partie adverse sur la portée de la Convention d'Etablissement en ce qui concerne ce que les parties ont appelé "la deuxième phase du projet", l'exécution de laquelle est la source du différend soumis au Centre par la SOABI.

18. Les 16 et 17 mai 1984 le Tribunal s'est réuni à Paris, sans les parties, pour décider de la nécessité de tenir ou non une procédure orale en ce qui concerne la question de sa compétence. A l'issue de la réunion le Tribunal a rendu le 17 mai 1984 l'Ordonnance de Procédure no. 3 par laquelle il a ordonné, en application des dispositions de l'article 41(2) de la Convention et de l'article 41(4) du Règlement d'Arbitrage, la tenue d'une procédure orale à Paris à partir du 17 juillet 1984.

19. Suivent les conclusions des parties dans leurs mémoires successifs sur le déclinatoire de compétence:

a) *Gouvernement—Déclinatoire:*

- (1) Prendre acte de ce que la procédure sur le fond est suspendue puisque la République du Sénégal a officiellement soulevé un déclinatoire de compétence, traiter le déclinatoire de compétence comme une question préalable, fixer un délai pour que la SOABI présente sa défense sur ce déclinatoire et fixer le cas échéant une date d'audience.
- (2) Décider par une sentence que le déclinatoire de compétence est fondé et recevable et que par conséquent le présent différend ne ressortit ni à la compétence du CIRDI, ni à celle du présent Tribunal Arbitral constitué sous son égide.
- (3) Uniquement si le Tribunal Arbitral décidait que le présent différend ressortissait à la compétence du CIRDI, impartir un délai à la République du Sénégal pour le dépôt de son contre-mémoire.

b) *SOABI—Mémoire en réponse:*

- (1) Statuer ce que de droit sur la recevabilité en la forme du déclinatoire de compétence.
- (2) Par application de l'article 41(2) dire et juger que l'examen du déclinatoire de compétence sera joint à l'examen du fond.
- (3) Impartir à l'Etat du Sénégal tel délai que le Tribunal jugera utile pour conclure sur le fond du litige.

Subsidiairement:

Rejeter le déclinatoire de compétence.

Dire et juger que le Tribunal Arbitral est valablement saisi et est compétent pour statuer sur le litige décrit dans la requête introductive d'instance.

Impartir à l'Etat du Sénégal un délai pour conclure au fond.

c) *Gouvernement—Mémoire additionnel au déclinatoire:*

- (1) Continuer à traiter la question de compétence comme une question préalable.
- (2) Décider par une sentence que le déclinatoire de compétence est fondé et recevable et que par conséquent le présent différend ne ressortit ni à la compétence du CIRDI ni à celle du présent Tribunal Arbitral constitué sous son égide.
- (3) Uniquement si le Tribunal Arbitral décidait que le présent différend ressortissait à la compétence du CIRDI, impartir un délai à la République du Sénégal pour le dépôt de son contre-mémoire.

d) *SOABI - Mémoire en réplique:*

Adjuger de plus fort à la concluante le bénéfice de sa requête et de ses conclusions principales.

Procédure orale concernant le déclinatoire de compétence

20. Les 17, 18 et 19 juillet 1984, le Tribunal s'est réuni à Paris en exécution de son Ordonnance de Procédure no. 3 du 17 mai 1984. Pendant les deux premiers jours de la session du Tribunal les parties dûment convoquées ont été entendues dans leurs

observations orales. Par la voie de leurs représentants et conseils, ont successivement pris la parole:

- pour le Gouvernement:
M. Amadou Moctar Mbacké, Me Christian Valantin et M. Patrick Murray.
- pour la SOABI:
Me Gilbert Danon, qu'accompagnait M. Alain Seutin, liquidateur de la SOABI, qui a répondu à certaines questions des arbitres.

21. Chacune des parties a, en deux tours de plaidoiries, développé ses moyens et arguments; les représentants et conseils du Gouvernement ayant à chaque tour parlé les premiers. Les parties ont ensuite répondu aux questions posées par les arbitres. Après quoi, le Président a prononcé la clôture des débats.

Sur le déclinatoire de compétence du CIRDI

22. Dans sa requête d'arbitrage la SOABI a fait la déclaration suivante quant à la compétence du Centre:

"Aucun problème ne peut se poser quant à la compétence de la présente juridiction, le contrat liant les parties ayant expressément prévu cette compétence (voir contrat du 3 novembre 1975, Titre VI)".

23. Le Tribunal entend que par cette déclaration la SOABI a voulu fonder la compétence du Centre sur le Titre VI de la Convention d'Etablissement conçu en ces termes:

Titre VI—ARBITRAGE

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

Les soussignés conviennent expressément que l'arbitrage sera soumis aux règles établies par la convention pour le règlement des différends entre Etats et Ressortissants d'autres Etats, élaborée par la "Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement dite "BIRD". A cet effet, le Gouvernement accepte de considérer comme remplie la condition de nationalité prescrite par l'article 25 de ladite convention "BIRD".

24. Dans son déclinatoire le Gouvernement a formulé deux objections à la compétence du Centre et du Tribunal. Il a d'abord contesté que le Titre VI sus-cité (ci-après "clause compromissoire") attribue compétence au CIRDI pour le différend tel qu'il a été défini par la SOABI dans sa requête (voir no. 2 ci-dessus).

25. Cette objection se fonde donc sur une prétendue absence de consentement. Ensuite, et additionnellement, le Gouvernement a invoqué l'incompétence du Centre et du Tribunal au motif que la SOABI ne remplit pas la condition de nationalité requise par la Convention.

26. Dans le premier alinéa de son article 25, la Convention définit l'étendue et les limites de la compétence du Centre comme suit:

De la Compétence du Centre: Article 25(1):

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

27. La première objection, tout en niant la compétence du Tribunal en l’espèce, ne met pas en cause la validité de la clause compromissoire. En revanche, selon la deuxième objection, la clause compromissoire conclue en dehors des limites de compétence définies à l’article 25 de la Convention, serait nulle et sans effet. Le Tribunal estime qu’il convient donc d’examiner cette exception en premier lieu.

Sur le moyen pris de ce que la SOABI ne remplit pas la condition de nationalité requise par la Convention:

28. Quant à la compétence *ratione personae*, la Convention exige que si l’une des parties est un Etat contractant, l’autre doit être un “ressortissant d’un autre Etat contractant”. Selon l’article 25(2)(b) de la Convention, cette expression signifie, dans son application à une personne morale, une personne

“qui possède la nationalité d’un Etat contractant autre que l’Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l’arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l’Etat contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d’un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers”.

29. Le Tribunal a noté que la Convention ne contient pas de définition du terme “nationalité”, ce qui a pour conséquence de laisser à chaque Etat le pouvoir de déterminer si une société possède ou non sa nationalité. En règle générale, les Etats appliquent à cette fin ou bien le critère du siège social ou bien celui du lieu d’incorporation. Par contre, la nationalité des actionnaires ou le contrôle exercé par des étrangers autrement qu’en raison de leur participation au capital, n’est pas normalement un critère pour la nationalité d’une société, étant entendu que le législateur peut mettre ces critères en jeu pour des cas d’exception. Une “personne morale qui possède la nationalité de l’Etat contractant partie au différend”, expression utilisée à l’article 25(2)(b) de la Convention, est donc une personne morale qui, selon le système juridique de l’Etat en question, a son siège social dans l’Etat ou a été créée en application de son droit des sociétés (incorporation). Normalement, une telle personne morale ne serait donc pas un “ressortissant d’un autre Etat contractant” et partant, n’aurait pas qualité d’ester en justice devant le Centre. Néanmoins la clause (b) de l’alinéa (2) de l’article 25 de la Convention rend possible qu’une telle personne morale soit partie aux procédures établies sous les auspices du Centre si l’Etat en question accepte de la considérer comme ressortissante d’un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers. Le Tribunal a noté par ailleurs que la qualité de “ressortissant d’un autre Etat contractant” doit être déterminée dans le cas d’une personne morale

par rapport à la date à laquelle les parties ont donné leur consentement à la compétence du Centre.

30. Il est constant que, selon le droit sénégalais, la SOABI, société anonyme ayant son siège social à Dakar, possède la nationalité de la République du Sénégal, Etat contractant partie au différend soumis au Centre. La rédaction de la clause compromissoire, (ce, sans qu'il soit préjugé du mérite du moyen pris de ce que les parties n'ont pas consenti à soumettre le présent différend à la compétence du CIRDI), montre clairement que les parties ont été conscientes de ce fait et qu'elles ont voulu donner qualité à la SOABI pour être partie aux procédures d'arbitrage éventuelles visées par cette clause. Cette volonté s'est traduite par la formule suivante:

“Les soussignés conviennent expressément que l'arbitrage sera soumis aux règles établies par la Convention pour le règlement des différends entre Etats et Ressorissants d'autres Etats, élaborée par la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement dite “BIRD”. A cet effet, le Gouvernement accepte de considérer comme remplie la condition de nationalité prescrite par l'article 25 de ladite convention “BIRD”.

31. Le sens de la phrase que le Tribunal a soulignée, bien qu'elle soit laconique, est néanmoins parfaitement claire. Par “nationalité prescrite par l'article 25” les parties n'ont évidemment pas voulu dire que la SOABI avait une nationalité autre que sénégalaise, mais plutôt que, nonobstant sa nationalité sénégalaise, on lui reconnaissait la qualité de “ressortissant d'un autre Etat contractant” en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers. Il ne semble d'ailleurs pas que la formule utilisée au Titre VI de la Convention d'Etablissement ait été rédigée spécialement pour le cas de la SOABI. On trouve une formule identique à l'article 29 d'une Convention d'Etablissement entre le Sénégal et la Compagnie Sucrière Sénégalaise (J.O. du 15 août 1970, 787) citée dans le Journal de Droit International no. 4 de 1982, à la page 788.

32. L'objection formulée par le Gouvernement est fondée sur deux thèses:

1. que les intérêts étrangers dont il est question à l'article 25 doivent être ceux de ressortissants d'Etats contractants;
2. que la société FLEXA, seule actionnaire de la SOABI au moment de la signature de la Convention d'Etablissement, ayant la nationalité de la République du Panama, Etat non partie à la Convention, la SOABI ne remplit donc pas les conditions de l'article 25.

33. Le Tribunal est d'avis qu'il résulte de la structure et de l'objet de la Convention, que les intérêts étrangers qui pourraient servir de base pour donner “extranéité” à une société de droit local, doivent être ceux de ressortissants d'Etats contractants. Il ne conteste donc pas la première thèse du Gouvernement.

34. Bien qu'il soit constant que la société a été constituée selon les lois de la République du Panama, comme le prouve le document “Investigation au Registre Public Panaméen” délivré par le Consul Général de la République du Panama à Zurich (Gouvernement—D.J. I-4), la SOABI prétend que la société FLEXA a son siège social à Genève, comme l'a d'ailleurs déclaré M. Baudoux dans l'acte notarié du 16 septembre 1975 (SOABI—Cote no. 1, Sous-cote no. 3), prétention que le Gouvernement

rejette pour les raisons explicitées dans son mémoire additionnel au déclinatoire de compétence et au cours de la procédure orale, et que contredit d'ailleurs un document versé au dossier par la SOABI elle-même (Convention du 4 août 1978 entre Lebeau/Corévy, curateurs de la faillite de feu M. Baudoux, S.A. Chapeaux, Hubert et S.A. FLEXA.)

35. Bien que sur ce point le Tribunal soit enclin de donner raison au Gouvernement, il estime cependant pour les motifs énoncés ci-dessous, ne pas avoir à décider ni sur ce point, ni sur les conséquences que pourrait avoir une telle décision sur la nationalité de la société FLEXA. La nationalité de cette société qui détenait en 1975 la totalité des actions du capital souscrit de la SOABI ne serait déterminante de la nationalité des intérêts étrangers que si la convention devait être interprétée comme visant le seul contrôle immédiat. Mais le Tribunal ne peut pas accepter une telle interprétation qui va à l'encontre de l'objet de l'article 25(2)(b) *in fine*. Cet objet, il est à peine nécessaire de le rappeler, est de concilier le désir des pays hôtes d'investissements étrangers de voir ces investissements réalisés à travers des sociétés de droit local, d'un côté, et leur volonté de donner qualité à ces sociétés pour être partie à des procédures sous les auspices du Centre, de l'autre.

36. On en trouve un parfait exemple dans le cas de la SOABI, société de droit sénégalais, à qui on a quand même consenti la qualité de ressortissant d'un autre Etat contractant.

37. Or, il est évident que tout comme pour des raisons provenant de l'Etat-hôte, la forme juridique de société nationale peut être choisie pour l'entité réalisant l'investissement, les investisseurs peuvent être amenés pour des raisons qui leur sont propres, à investir leur fonds à travers des entités intermédiaires, tout en gardant le même degré de contrôle sur la société nationale, contrôle qu'ils auraient pu exercer en tant qu'actionnaires directs de cette société.

38. Pour les motifs exposés ci-dessous, le Tribunal conclut que le contrôle exercé sur la société FLEXA l'est, à la date de la conclusion de la Convention d'Etablissement, par des ressortissants d'Etats contractants, notamment du Royaume de Belgique.

39. La SOABI a versé aux débats une attestation de la dame Nicole Hubert, de nationalité belge, disant qu'en 1975 elle détenait "l'universalité des actions de la société FLEXA pour le compte de Monsieur Jean Baudoux, de nationalité belge".

40. Le conseil de la SOABI a également fait état de circonstances qui selon lui expliquent la formule selon laquelle les actions de la société FLEXA étaient détenues par la dame Hubert, à savoir notamment que la faillite de feu M. Baudoux avait été déclarée par jugement du Tribunal de Commerce de Charleroi en 1974. Il s'ensuit par ailleurs de l'"Investigation au Registre Public Panaméen", document auquel référence a été faite ci-dessus, que le Conseil d'Administration de la société FLEXA qui avait été inscrite au Registre depuis le 18 juillet 1977, était formé par M. René Aubert, Gerald Berclaz et Nicole Hubert. La SOABI a versé aux débats une attestation en date du 5 juin 1984 de M. René Aubert déclarant qu'il est de nationalité suisse et dans laquelle l'intéressé précise: "en 1975, je détenais mon mandat de Président de la société

anonyme FLEXA à la demande de Madame Nicole Hubert, de nationalité belge, demeurant à Uccle, Bruxelles (Belgique), rue du Merlo no. 140, unique actionnaire de la société FLEXA". Le Tribunal ignore la nationalité de M. Berclaz.

41. Comme il a été noté ci-dessus, la condition de "ressortissant d'un autre Etat contractant" doit être remplie à la date du consentement des parties à la compétence du Centre. Des modifications ou changements ultérieurs à cette date n'entrent donc pas en jeu pour déterminer si cette condition est remplie. Il n'est cependant pas sans intérêt de noter que selon un télex du 4 novembre 1982 de Me Danon, répondant à une question de M. Golsong, Secrétaire Général du Centre à l'époque, les actionnaires de la SOABI et leurs nationalités respectives étaient à cette date:

	<i>Actions</i>	<i>Nationalité</i>
Seutin	593	belge
Gilson	1	belge
Peeters	1	belge
Lamotte	1	française
Talla	1	sénégalaise
Goaye	1	sénégalaise
Aubert	1	suisse
Atlantic Finance	1	suisse
	600	

42. Il importe aussi de noter le procès verbal de désignation des membres du Tribunal en date du 3 février 1984, fait à Dakar, signé pour l'Etat du Sénégal par Me Valantin et pour la SOABI par Me Danon, dont le texte a été fourni au Tribunal par le Secrétariat du Centre. On y lit:

"Les parties décident de constituer le tribunal arbitral de la façon suivante:

l'Etat du Sénégal donne son accord à la nomination par la SOABI du Baron van Houtte,

la SOABI donne son accord à la nomination par l'Etat du Sénégal de Monsieur Kéba Mbaye,

les parties sont d'accord pour désigner comme tiers arbitre Monsieur Pierre Lalive, professeur à l'Université de Genève."

Or, dans le cas d'un tribunal de trois membres l'accord de chacune des deux parties sur la désignation d'un arbitre par l'autre partie n'est requis que si les deux arbitres, constituant la majorité des membres du Tribunal, sont des ressortissants respectivement de l'Etat contractant partie au différend et de l'Etat dont l'autre partie au différend est ressortissant. Bien que le procès verbal ne se réfère pas explicitement à l'article 39 de la Convention, on peut déduire de sa rédaction que les parties ont estimé que les nationalités sénégalaises et belges de deux des trois membres du tribunal exigeaient que la condition de l'article 39 de la Convention, désignation par commun accord, soit remplie.

43. Ayant volontairement consenti à la clause compromissoire, consentement que selon l'article 25(1) de la Convention ne peut pas être retiré unilatéralement, il incom-

bait au Gouvernement, sinon d'apporter des preuves concluantes de ce que les affirmations de la SOABI quant à la nationalité des intérêts étrangers de contrôle n'étaient pas fondées, au moins de soulever des doutes motivés. Mais il n'a fait ni l'un, ni l'autre. Le Tribunal conclut que le consentement à la clause compromissoire ne dépassait en aucune façon la liberté des parties de s'accorder sur la qualité de "ressortissant d'un autre Etat contractant" et qu'est donc établie la compétence *ratione personae* du Centre.

44. Comme partie de son déclinatoire pour motif de condition de nationalité non remplie, le Gouvernement a encore soulevé un moyen d'une nature différente, à savoir que la mention de la société FLEXA, dans l'acte notarié auquel référence a été faite ci-dessus, en tant que société avec siège social à Genève aurait induit le Gouvernement en erreur sur la nationalité de celle-là et de ce fait à prendre des engagements qu'il n'aurait pas pu vouloir prendre, si sa nationalité panaméenne lui avait été connue. Au vu du Tribunal, ce moyen ne résiste pas à l'examen.

45. Il y a des raisons de croire que la société FLEXA, au capital social de \$U.S. 10.000, n'était rien qu'une société de complaisance. D'autre part, dans les négociations qui ont abouti à la conclusion de la Convention de juillet 1975 avec la NAIKIDA, de la Convention de septembre 1975 avec la SOABI et de la Convention d'Etablissement, les intérêts étrangers ont été uniquement représentés par M. Baudoux dont la nationalité belge était connue du Gouvernement.

Représentation n'équivaut évidemment pas contrôle, comme d'ailleurs la nationalité d'une société déterminée selon les critères de siège social ou incorporation ne dit rien sur l'origine des moyens fournis pour constituer son capital social. Au surplus, dans le cas d'espèce, le capital social de la SOABI étant de francs CFA 3.000.000 à la date de la conclusion de la Convention d'Etablissement, il était évident que quelle que soit sa nationalité les moyens financiers nécessaires pour l'exécution du programme ne pouvaient pas provenir de ses propres fonds.

46. Pour ces raisons, le Tribunal ne peut accepter que la nationalité de la société FLEXA aurait pu avoir une influence sur la volonté du Gouvernement d'accepter la clause compromissoire.

Sur le moyen pris de ce que les parties n'ont pas consenti à soumettre le présent différend à la compétence du CIRDI:

47. Dans son déclinatoire de compétence le Gouvernement soutient que "le contrat de construction de 15.000 logements sociaux, dont la rupture fait l'objet du présent différend ne contient aucune clause par laquelle les parties auraient consenti à soumettre le présent différend à la compétence du CIRDI" et que "la clause d'attribution de compétence au CIRDI contenue dans la convention d'établissement, dont la SOABI se prévaut, ne vise pas le présent différend".

48. Après avoir souligné que le consentement est la "pierre angulaire" de la compétence du CIRDI, reprenant ainsi l'expression utilisée dans le Rapport des Administrateurs de la Banque Mondiale sur la Convention (Doc. ICSID/2, para. 23), ce dans le but de mettre en évidence l'importance de ce consentement dans les procédures d'arbitrage en général et singulièrement dans celles du CIRDI, le Gouvernement,

citant quelques auteurs et le texte de l'article 25(1) de la Convention, en déduit que "pour que le CIRDI soit compétent, pour trancher un différend, les parties doivent avoir consenti par écrit à le lui soumettre" et que l'article 25(1) doit "comme toute exception aux dispositions de droit commun, faire l'objet d'une application stricte".

49. Se reportant ensuite à la requête aux fins d'arbitrage, le Gouvernement, reproduisant "l'objet du litige" tel qu'il figure au premier alinéa de la page 1 de la requête de la SOABI sous le même intitulé, soutient que les seuls documents contractuels desquels résultent les obligations relatives à la construction par la SOABI de 15.000 logements sociaux pour la République du Sénégal sont les conventions des 24 juillet 1975 et 17 septembre 1975 passées par le République du Sénégal respectivement avec la société NAIKIDA d'une part, la SOABI d'autre part; que ces documents constituent un seul contrat principal dans lequel est définie la totalité du projet que le Gouvernement et la SOABI envisageaient d'exécuter conjointement, à savoir la construction d'une usine de préfabrication de matériaux préfabriqués dans une première phase, suivie de la construction de 15.000 logements sociaux dans une seconde phase, ainsi que leurs obligations respectives.

50. Le Gouvernement en est arrivé à constater que "ce contrat principal dont la rupture fait l'objet du présent différend ne contient aucune clause attributive de compétence au CIRDI". Il relate ensuite que pour mettre en application la première phase du projet la République du Sénégal a passé un certain nombre de contrats particuliers dont certains contiennent des clauses attributives de compétence à des juridictions arbitrales, clauses visant exclusivement les différends ayant trait au contrat dans lequel elles s'insèrent. Il soutient que c'est dans le cadre de la mise en oeuvre de la première phase du projet que fut passée le 3 novembre 1975, entre la République du Sénégal et la SOABI, une convention d'établissement intitulée "Convention d'établissement relative à une usine de préfabrication d'éléments en béton armé", et qu'il résulte de la clause d'arbitrage contenue dans cette convention, reproduite au no. 23 ci-dessus, que "seuls les différends relatifs à l'exécution de la Convention d'établissement et les droits et obligations en résultant peuvent être soumis à la compétence du CIRDI." Le doute ne pourrait concerner que les obligations ou droits donnant lieu au présent litige et qui, bien qu'ayant leur source dans le contrat principal, ont été repris dans la Convention d'Etablissement, ce qui n'est pas le cas. Cette convention dont les parties ont en pleine connaissance de cause limité la portée à la première phase du projet, a pour unique objet la construction de l'usine comme l'indique son article premier. La requête ne fait apparaître aucun manquement à l'une quelconque des obligations que la Convention d'Etablissement met à la charge de la République du Sénégal.

51. Insistant à nouveau sur le fait que le présent différend concerne la deuxième phase du projet relative à la construction des 15.000 logements, le Gouvernement soutient que l'analyse de l'économie générale du contrat principal et de son exécution, y compris le fait que le présent différend concerne exclusivement la deuxième phase du projet, a été adoptée par la SOABI dans sa requête du 1er décembre 1980, et indique plusieurs citations tirées de la requête ou des documents fournis à l'appui de celle-ci

et notamment le projet d'avenant à la Convention d'Etablissement et un paragraphe d'une lettre de Monsieur Seutin.

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

53. En réponse au déclinatoire de compétence, la SOABI estime que l'argumentation du Gouvernement tendant à évoquer l'incompétence du CIRDI à l'égard du présent différend ne résiste pas à l'examen et qu'il suffit pour être persuadé de son manque de fondement de lire le préambule de la Convention du 3 novembre 1975 ainsi conçu:

“Préambule:

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

C'est dans ce cadre qu'a déjà été signée le 24 juillet 1975, une convention entre l'Etat du Sénégal par Monsieur Babacar Ba, Ministre d'Etat chargé des Finances et des Affaires Economiques et la société NAIKIDA, représentée par Monsieur Jean Baudoux, spécialement mandaté à cet effet.

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

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

La réalisation d'un tel programme nécessite l'implantation d'un complexe industriel important permettant la fabrication de trois mille logements de surface moyenne, faisant ressortir une production journalière de quinze logements.

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

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

- Considérant l'intérêt économique que présente un tel projet pour le Gouvernement du Senegal,
- Considerant la concordance des buts visés par la Societe avec les objectifs et les orientations du plan elabore par le Gouvernement de la Republique du Senegal,
- En vue de conférer a la Societe Ouest-Africaine des Betons Industriels (SO-ABI) et a ses futurs partenaires dans ladite societe les garanties juridiques, financières et fiscales nécessaires a la réalisation de ce projet et au bon fonctionnement de cette industrie,
- Vu la loi no. 72-43 du 12 juin 1972 portant code des investissements,

les engagements réciproques ci-dessous ont été convenus et arrêtés entre les soussignés.”

54. La SOABI estime qu'il apparaît de ce préambule que la construction de l'usine de préfabrication n'était que la première phase d'un projet unique et que cette usine ne devait être construite que pour la réalisation du projet des 15.000 logements; que la Convention d'Etablissement nécessaire en vertu de la loi sénégalaise 72-43 du 12 juin 1972 pour permettre à la société de bénéficier des avantages fiscaux et autres accordés au Sénégal par ce texte, valant code des investissements, aux industries agréées, avait pour but manifeste de protéger l'ensemble du projet de la SOABI; que la preuve en est que le préambule de cette Convention précise que "la Convention devait permettre la réalisation de ce projet" "et le bon fonctionnement de cette industrie"; que la construction d'une usine de cette importance ne pouvait se concevoir au Sénégal que dans le cadre de la réalisation d'un programme important, la rentabilité d'un tel investissement ne pouvant se concevoir sans que la société promotrice soit assurée d'un programme de construction d'une envergure suffisante.

55. La SOABI affirme qu'il est impossible de dissocier la construction de l'usine et le programme de construction des 15.000 logements; que dès lors il importe peu "que par suite d'une mauvaise rédaction de l'intitulé de la Convention d'Etablissement son titre indique qu'elle ne concerne que la création d'une usine de préfabrication, dès lors que le préambule de la Convention fait ressortir que c'est l'ensemble du projet qui est protégé par ladite Convention; que de surcroît, il apparaît du texte même de la Convention, qu'elle vise bien l'ensemble du programme SOABI.

56. Pour illustrer cette thèse, la SOABI cite l'article 3 de la Convention du 3 novembre 1975 qui met à la charge de la SOABI des obligations qui, selon elle, ne peuvent se concevoir que dans le cadre de l'exécution du programme de construction des 15.000 logements: obligation de rétrocéder à l'Etat 30% de son capital après la construction des 15.000 logements et 50% du capital des sociétés de commercialisation des logements et de la société d'épargne logement qu'elle pourrait être amenée à créer pour la vente des logements. La SOABI fait ressortir également que l'article 3 de la Convention d'Etablissement prévoit qu'un protocole à annexer à cette Convention sera signé pour la création et le fonctionnement des dites sociétés, ce qui selon elle prouve à l'évidence la volonté explicitée par les parties dans le préambule, de voir régir l'ensemble de leurs relations et l'ensemble du programme de construction des 15.000 logements, par cette Convention.

57. La SOABI soutient que les parties ont toujours eu pour intention de considérer la Convention d'Etablissement comme la mise en forme juridique prévue par la "Convention d'établissement initiale" du 24 juillet 1975 et qu'il suffit pour en être assuré de se reporter au rapport du Ministre de l'Urbanisme au Conseil Interministériel du 25 octobre 1979, dans sa première partie intitulée "Historique". Par ailleurs elle évoque la Convention du 13 octobre 1977, dite "Convention commerciale et financière", liant la SOABI à l'Etat du Sénégal laquelle "explícite" bien la volonté des parties de considérer que la Convention d'Etablissement concerne la totalité de leurs relations et non la seule construction de l'usine de préfabrication. Citant quelques passages de la

Convention du 13 octobre 1977, notamment le paragraphe 1 de "l'exposé", elle indique que ladite Convention modifie la Convention d'Etablissement en prévoyant la rétrocession à l'Etat du Sénégal, après cinq ans, de la moitié du capital SOABI, après un certain délai, au lieu des 30% prévus par cette Convention; que le fait pour cette convention de prévoir que le remboursement des prêts se ferait par le canal d'un compte spécial et de préciser les qualités architecturales des maisons à construire, contribue à faire apparaître clairement que la Convention d'Etablissement concerne bien la construction des 15.000 logements, "but unique" de l'opération SOABI; que si la Convention du 3 novembre 1975 ne visait, comme le prétend le Gouvernement, que l'usine de préfabrication, le remboursement des prêts aurait dû être défini "dans le temps et dans la méthodologie" en fonction de la production de l'usine et non de la cadence de construction des 15.000 logements.

58. La SOABI, résumant l'argumentation qu'elle oppose au déclinatoire retrace la succession des différentes conventions dans le temps, conclut que le projet formait un tout et que la Convention d'Etablissement concernait la phase de la construction de l'usine et le fonctionnement de toutes les activités de la SOABI pour la durée de la Convention.

Elle observe qu'il appartient au Tribunal Arbitral d'apprécier sa propre compétence et d'interpréter la Convention d'Etablissement en se référant au code des obligations civiles et commerciales en vigueur au Sénégal, notamment ses articles 99, 101 et 103.

59. Dans son mémoire additionnel au déclinatoire de compétence le Gouvernement a repris les arguments qu'il a développés dans son déclinatoire et a combattu ceux que lui oppose la SOABI.

60. De son côté dans son mémoire de réplique, la SOABI revenant sur les différents points développés à l'appui du déclinatoire du Gouvernement et de son mémoire additionnel, conclut que lui soit adjugé le bénéfice de ses conclusions principales.

61. Lors de la procédure orale les parties ont amplement développé leurs arguments. Elles ont notamment cité de part et d'autre des documents versés au dossier de l'affaire pour appuyer leurs thèses respectives.

62. Il résulte des différents arguments présentés par les parties, que celles-ci se réfèrent sans cesse à des documents dont les contenus sont plus ou moins directement liés au fond même de l'affaire. Il est apparu au Tribunal que la lettre et l'esprit des dispositions invoquées par les parties, tant dans les pièces écrites que lors des plaidoiries, à l'appui des observations qu'elles ont formulées pour démontrer la compétence ou l'incompétence du Tribunal, ne peuvent être pleinement appréhendées qu'à la suite d'une étude approfondie de l'objet même de la requête. En effet dans la mesure où le déclinatoire de compétence tend à démontrer que les parties n'ont pas entendu soumettre le présent différend à la compétence du CIRDI et que la SOABI plaide à l'opposé que le différend est bien de ceux qui entrent dans la clause compromissoire prévue par la Convention d'établissement du 3 novembre 1975, le Tribunal se voit obligé, pour apprécier le bien fondé du déclinatoire, de s'interroger de façon approfondie sur l'objet du différend, ce qui le conduirait obligatoirement à entrer dans le

fond du débat. Il échet en conséquence de joindre le moyen ci-dessus présenté au fond de l'affaire et de l'examiner en même temps que celui-ci.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL

Décide

1. de rejeter le moyen pris de ce que la SOABI ne remplit pas la condition de nationalité requise par la Convention;
2. que le moyen pris de ce que les parties n'ont pas consenti à soumettre le présent différend à la compétence du CIRDI, sera examiné avec les questions de fond.

A. Broches

Président