

**SEMINAIRE ORGANISE PAR
L'UNION INTERNATIONALE DES AVOCATS ET
L'ORDRE DES AVOCATS DU SENEGAL
A SALY DU 27 FEVRIER AU 1^{ER} MARS 2014**

THEME

Le CIRDI et le SENEGAL

**Présenté par
Maître Boukounta DIALLO
Avocat au Barreau de Dakar**

I / L'Applicabilité de la convention CIRDI au Sénégal

1- Etendue de l'applicabilité de la convention

2- Limites à l'applicabilité de la convention

II/ Etude de la jurisprudence CIRDI relative au Sénégal

- Affaire SOABI c/ Etat du Sénégal
- Affaire Millicom & Sentel c/ Etat du Sénégal

I / L'Applicabilité de la convention CIRDI au Sénégal

Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) a été institué par la convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats.

En conformité avec ses dispositions, le CIRDI fournit des services de conciliation et d'arbitrage des différends relatifs aux investissements entre des Etats contractants et des ressortissants d'autres Etats contractants.

La prolifération des conventions bilatérales et multilatérales d'investissements avec l'introduction de clauses parapluies, a fait naître un nouveau droit international de l'investissement. Ce droit prend désormais en charge la protection et la promotion de l'investissement dans le monde. C'est ainsi qu'à l'égard d'autres juridictions arbitrales, le CIRDI a vu le jour avec la signature de la convention de Washington. Aujourd'hui 158 Etats ont signé la convention pour le règlement des différends entre Etats et ressortissants des Etats.

Le Sénégal, à l'instar des Etats retenus sur cette liste, a apposé sa signature à ladite convention le 26 septembre 1966 et déposé ses instruments de ratification le 21 avril 1967, ce qui permettra à ladite convention d'entrer en vigueur dans notre pays le 21 mai 1967.

Matériellement, la compétence du Centre tient à l'existence d'un différend d'ordre juridique qui soit en relation avec l'investissement.

A la condition générale de compétence matérielle définie par la convention de Washington, s'ajoutent des conditions définies par le traité bilatéral concerné.

Dans le cadre de cette mission, il est indispensable de bien connaître le règlement de procédures relatives à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage qui est un instrument utile et incontournable à la mise en application du traité.

Etant un pays attractif pour l'investissement étranger, le Sénégal a, depuis l'entrée en vigueur de la convention le 21 mai 1967, renforcé les mesures de promotion et de protection de l'investissement, en signant plusieurs accords bilatéraux d'investissements avec différents pays.

1/ L'étendue de l'applicabilité de la convention

La distinction entre les réclamations d'ordre contractuel et les réclamations d'ordre conventionnel passe désormais pour un axiome du contentieux international de l'investissement. Tout dépend donc de l'obligation dont l'investisseur allègue la violation. Si l'obligation invoquée découle du traité, la réclamation est d'ordre conventionnel ; si elle découle du contrat, elle est d'ordre contractuel.

a/ Réclamation d'ordre contractuel et réclamation d'ordre conventionnel

En première approche, la séparation entre ces deux types de réclamation peut surprendre car, dans le domaine de l'investissement, contrats et traités paraissent être en étroite relation. Un traité bilatéral d'investissement se donne pour objectif souvent énoncé dans son préambule, la promotion de l'investissement. Il cherche à créer des conditions favorables à la conclusion des contrats et à en accroître le nombre.

Mais la dualité de réclamation peut mener à une dualité procédurale. L'investisseur disposera en effet de deux actions pour se plaindre de l'atteinte portée à son bien : l'une fondée sur le contrat et l'autre sur le traité. Ces deux actions ne sauraient aboutir à un double dédommagement en raison de l'unité du préjudice.

Dans le cadre de l'arbitrage CIRDI, ce cumul d'actions soulève des difficultés car la convention de Washington, pour éviter la démultiplication du contentieux, prohibe la démarche dans certains cas.

b/ les sujets concernés par la convention et modalités du recours

Aux termes de l'article 25 de la convention de Washington, la compétence du centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement.

R ressortissant d'un autre Etat contractant signifie :

- **D'une part**, toute personne physique qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée conformément à l'article 28, alinéa 3 ou à l'article 36, alinéa 3 à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'Etat contractant partie au différend.
- **D'autre part**, toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues aux fins de la présente convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat

contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers.

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

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

Un Etat contractant ou le ressortissant d'un Etat contractant qui désire entamer une procédure d'arbitrage, doit adresser par écrit une requête à cet effet au Secrétaire Général, lequel en envoie copie à l'autre partie.

La requête doit contenir des informations concernant l'objet du différend, l'identité des parties et leur consentement conformément au règlement des procédures relatives à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage.

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.

Le tribunal arbitral est constitué dès que possible après enregistrement de la requête conformément à l'article 36.

Le tribunal arbitral se compose d'un arbitre unique ou d'un nombre impair d'arbitres nommés conformément à l'accord des parties.

A défaut d'accord entre les parties sur le nombre des arbitres et leur mode de nomination, le tribunal comprend trois arbitres ; chaque partie nomme un arbitre et le troisième qui est le président du tribunal, est nommé par accord des parties.

Si le tribunal n'a pas été constitué dans les 90 jours suivant la notification de l'enregistrement de la requête par le Secrétaire général conformément à l'article 36, alinéa (3) ou dans tout autre délai convenu par les parties, le Président, à la demande de la partie la plus diligente et, si possible, après consultation des parties, nomme l'arbitre ou les arbitres non encore désignés. Les arbitres nommés par le Président conformément aux dispositions du présent article ne doivent pas être ressortissants de l'Etat contractant partie au différend ou de l'Etat contractant dont le ressortissant est partie au différend.

Les langues de travail du tribunal sont l'anglais, le français et l'espagnol.

En effet, l'Etat du Sénégal favorise les règlements par voie d'arbitrage. Afin de promouvoir le commerce et les investissements sur son territoire, le Sénégal a entrepris une modernisation de son droit sur l'arbitrage.

Après avoir ratifié le 21 avril 1967 la convention CIRDI, il adhéra le 17 octobre 1994 à la convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ainsi qu'au traité sur l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA) le 14 juin 1994.

Dans cet esprit que le CIRDI saisi des litiges portant sur des contrats comprenant une clause compromissoire, reconnaît l'application de cette clause. Le CIRDI s'est déjà prononcé dans le cadre d'un litige opposant la République du Sénégal à la société SOABI sur le fondement d'une clause compromissoire.

Dans une décision sur la compétence rendue le 1^{er} août 1984, bien que contestant la compétence de la juridiction arbitrale pour autre motif, le Sénégal n'avait pas soutenu devant le CIRDI qu'il n'avait pas la capacité de compromettre. La compétence du CIRDI a finalement été retenue dans une sentence arbitrale du 17 février 1958.

Par ailleurs, la Cour Suprême du Sénégal, le 3 juillet 1985 dans une affaire (Etat du Sénégal contre Express Navigation), a reconnu la capacité du Sénégal de recourir en droit interne à l'arbitrage.

La convention de Washington prévoit, en son article 25, la compétence du CIRDI pour tout différend d'ordre juridique entre un Etat contractant et le ressortant d'un autre Etat contractant en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre.

Il est donc manifeste qu'en ratifiant cette convention, le Sénégal entendait soumettre à la juridiction du CIRDI l'ensemble des litiges relevant de sa compétence.

2/ Limites à l'applicabilité de la convention

Les limites à l'applicabilité de la convention peuvent souvent relever de la capacité d'une des parties à compromettre ou de l'arbitrabilité du différend.

La capacité à compromettre des parties doit être évaluée au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage. Il conviendra notamment de s'en assurer lorsque le cocontractant est un Etat, une entreprise contrôlée par l'Etat ou une personne morale de droit public. Certains Etats comme la Suisse, l'Angleterre, l'Italie, la Suède et l'Allemagne admettent sans restriction cette capacité, d'autres l'excluent seulement en certaines matières et la soumettent à l'accomplissement de formalités, une troisième catégorie et, notamment les pays dont la législation est issue du code civil français, manifestent une grande hostilité à l'égard de la participation de l'Etat à l'arbitrage.

Pour être valable une convention d'arbitrage ne doit pas être le fruit d'un consentement exempt de vices. Elle doit également être objectivement licite. Cela suppose d'une part qu'elle porte sur une matière susceptible d'être tranchée par voie d'arbitrage et d'autre part qu'elle soit passée entre les parties admises à recourir à ce mode de règlement des différends. Cette considération qui procède d'un souci de protection de l'intérêt général alors que la nécessité d'un consentement sain et éclairé est destinée à assurer la protection de la partie qui s'engage à recourir à l'arbitrage, est connue sous le terme d'arbitrabilité. L'expression est

parfois entendue de façon plus large, englobant la question de l'existence et la validité du consentement à l'arbitrage, mais cette acception génératrice de confusions, ne correspond pas à la pratique internationale la plus répandue.

a/ Le principe de non-arbitrabilité subjective

La première est celle dans laquelle on estime qu'en raison de leur nature ou de leur mission, certaines personnes ne peuvent pas se soumettre valablement à la juridiction arbitrale. L'hypothèse concerne essentiellement les Etats, les collectivités publiques et les organismes ou établissements publics. On parle alors de **non-arbitrabilité subjective** ou de **non-arbitrabilité rationae personae**. C'est en effet, la qualité de l'un des sujets du débat arbitral qui fait alors difficulté. Bien que critiquée par certains auteurs, la notion d'arbitrabilité subjective, avancée par B. Goldman est aujourd'hui très généralement admise.

A la vérité, l'absorption de la question de l'aptitude des personnes de droit public à compromettre par la notion d'arbitrabilité présentait surtout l'intérêt de faire échapper la matière aux incertitudes de la méthode conflictuelle à un moment où la capacité de compromettre demeurait soumise à la loi personnelle tandis que l'arbitrabilité était déjà appréciée au regard des règles matérielles de l'Etat d'accueil de la sentence. En soumettant l'ensemble des conditions d'existence et de validité de la convention d'arbitrage à la méthode des règles matérielles, la jurisprudence Dalico a fait perdre en droit français de l'arbitrage, tout intérêt autre que terminologique à la qualification.

b/ Le principe de non-arbitrabilité objective

La seconde hypothèse dans laquelle la question de l'arbitrabilité du litige se pose est celle dans laquelle c'est la matière soumise à l'arbitrage qui se trouve soustraite à ce mode de règlement des différends. C'est alors **la non-arbitrabilité objective** ou la **non-arbitrabilité rationae materiae** du litige qui est en cause.

Au Sénégal, le principe de l'arbitrabilité du litige opposant l'Etat à des organismes ou sociétés privées est accepté par notre droit qu'il l'encadre et le restreint. Exemple : au terme de l'article 818-29 du code de procédure civile, « **les personnes morales de droit public sont autorisées à compromettre dans les conditions fixées par l'article 826-3 du code des obligations civiles et commerciales** ».

L'arbitrage interne et international trouve dans notre pays sa base juridique dans le code de procédure civile. En effet, alors que le titre premier du code de procédure civile relatif à l'arbitrage interne consacre une première section à la clause compromissoire (articles 795 à 799) et une seconde section sur le compromis (articles 800 à 803), le titre 2 intitulé **arbitrage international** ne fait plus de distinction entre la notion de compromis et celle de clause compromissoire, sans toutefois méconnaître leur existence dans l'arbitrage international.

L'article 819-54 alinéa 2 du chapitre IV du titre II sur l'arbitrage international traite isolément de la clause compromissoire à l'identique des articles 797 et 799 relatifs à l'arbitrage interne.

D'ailleurs, cette summa divisio entre arbitrage interne et arbitrage international n'existait pas avant la loi du 14 avril 1998 sur l'arbitrage. La solution sénégalaise résultant de la loi n° 98-30 du 14 avril 1998 sur l'arbitrage complétée par ses décrets d'application du 5 juin 1998 paraît bien plus simple quant à la définition du critère objectif d'internationalité adopté à travers l'article 819-27 dudit décret.

Au terme de l'article 819-29 alinéa 2 du code de procédure civile : « **les personnes morales de droit public sont autorisées à compromettre dans les conditions fixées par l'article 826-3 du code des obligations civiles et commerciales** », cet article du code des obligations auquel on renvoie précise : « **que l'Etat peut recourir à l'arbitrage excepté pour les contestations touchant à l'exercice des prérogatives de puissance publique** ».

Par ailleurs, hormis ce cadre, il est interdit à l'Etat de compromettre, l'interdiction peut aussi reposer sur des considérations d'intérêt général, notamment de préservation de l'ordre public, économique.

En tout état de cause, les cas de conflits potentiels entre une convention internationale et une norme de droit interne sont réglés par les dispositions de l'article 98 de la Constitution sénégalaise en ces termes : **« les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ... ».**

Dans la pratique courante, la plupart des conventions de concessions de service public font appel à l'arbitrage CIRDI en cas de survenance d'un différend entre l'Etat du Sénégal et l'investisseur privé étranger.

Le dernier différend qui m'a été donné l'occasion de connaître et opposant la République du Sénégal et le Groupe Millicom & Sentel en est une illustration.

II/ Etude de la jurisprudence CIRDI relative au Sénégal

La jurisprudence du CIRDI créé par la Convention de Washington du 18 mars 1965 a le mérite de soulever beaucoup de questions d'ordre pratique dans la mise en application de ladite convention.

L'opacité qui entoure la signature et le règlement des différends nés de l'exécution des contrats d'Etats, rend en général la jurisprudence arbitrale inaccessible. L'information jurisprudentielle n'est véhiculée qu'entre professionnels de l'arbitrage international souvent impliqué dans la gestion de ces dossiers. A cette difficulté, s'ajoute celle liée au caractère confidentiel de l'arbitrage.

Parmi les deux affaires qui impliquent la République du Sénégal et connues du CIRDI à savoir :

- Affaire Millicom & Sentel c/ République du Sénégal
- Affaire SOABI c/ République du Sénégal

Seule la seconde affaire citée fait l'objet d'une publication de la sentence et commentaires de doctrine dans l'ouvrage d'Emmanuel GAILLARD consacré à la jurisprudence du CIRDI et publié aux Editions A. Pedon Paris 2004.

Ces deux affaires ont en commun mérite :

- D'une part, d'avoir poussé le CIRDI à se prononcer sur deux déclinatoires de compétence soulevés par la République du Sénégal dans chacune des deux affaires,
- D'autre part, d'avoir amené le CIRDI à rendre deux arrêts de principe relatifs au rejet des deux cas de déclinatoire de compétence ci-dessus évoqués.

1/ Affaire Millicom & Sentel c/ République du Sénégal

Considérée comme l'affaire la plus récente parmi les deux cas ayant impliqué la République du Sénégal au niveau du CIRDI, les sentences arbitrales qui sont sorties du traitement de ce dossier, posent pour la première fois des questions de droit d'une importance jurisprudentielle particulière sur un déclinatoire de compétence et sur la compétence de la jurisprudence arbitrale, en application **du principe compétence compétence**, ainsi que sur la capacité du CIRDI à se prononcer sur des mesures conservatoires.

a/ Sur le déclinatoire de compétence

Aux termes de l'article 41, 2^e de la convention de Washington, « **Tout déclinatoire de compétence soulevé par l'une des parties et fondé sur le motif que le différend n'est pas de la compétence du Centre ou, pour toute autre raison, de celle du Tribunal doit être examiné par le Tribunal qui décide s'il doit être traité comme question préalable ou si son examen doit être joint à celui des questions de fond** ».

Fidèle à l'esprit et à la lettre de ce texte, le CIRDI, dans un arrêt en date du 16 juillet 2010 relatif à l'affaire Millicom & Sentel contre République

du Sénégal, a rejeté le déclinatoire de compétence soulevé par la République du Sénégal, en décidant ce qui suit :

« Par ces motifs

1- Le tribunal arbitral est compétent pour connaître de l'action que la demanderesse 1 dirige contre la République du Sénégal

2- Le tribunal arbitral est compétent pour connaître de l'action que la demanderesse 2 dirige contre la République du Sénégal

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

4- La suite de la procédure sera fixée par le tribunal arbitral dans une ordonnance, après consultation des parties »

b/ Sur l'application du principe compétence compétence

Le 11 novembre 2008, soit le jour où la République du Sénégal initiait une action devant le tribunal régional de Dakar, Millicom & Sentel avaient adressé conjointement au Secrétariat du CIRDI une requête pour l'ouverture d'un arbitrage, en se fondant sur l'article 10 de l'accord du 3 août 1979 relatif à la promotion et à la protection des investissements entre le Royaume des Pays Bas et la République du Sénégal.

Le 24 août 2009, les sociétés requérantes ont sollicité du CIRDI des mesures conservatoires tendant à faire stopper la procédure initiée par la République du Sénégal devant le tribunal régional hors classe de Dakar. C'est ainsi que **dans une décision en date du 9 décembre 2009 sur la requête aux fins des mesures conservatoires** des demandes du 24 août 2009, le tribunal arbitral recommande ce qui suit :

« Par ces motifs, le tribunal recommande ce qui suit

- 1- « **La défenderesse est invitée à adresser en commun avec la demanderesse 1 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 ».**

Cette recommandation du tribunal arbitral a le mérite de ménager les susceptibilités du juge étatique sénégalais saisi comme lui de l'affaire, en invitant la République du Sénégal à adresser en commun avec Millicom & Sentel une requête au tribunal de Dakar afin qu'il suspende sa procédure jusqu'à ce que le tribunal arbitral se fonde sur le **principe compétence compétence**, se prononce donc d'abord sur sa propre compétence.

Ce qui fut fait et noté devant le tribunal de Dakar le 23 septembre 2009. Cette situation va laisser libre cours au tribunal arbitral qui devient seul maître à bord du règlement du différend.

Le CIRDI s'est prononcé sur sa compétence, en s'inspirant du principe compétence compétence de l'article 41, 1^{er} de la convention de Washington ainsi libellé « **Le Tribunal est juge de sa compétence** ». Tout en s'inspirant des dispositions de l'article 41, 1^{er} de la convention de Washington qui selon lesquelles le tribunal est juge de sa compétence, formule qui en réalité consacre l'application du principe compétence compétence, le CIRDI a définitivement suivi la même option dans cette affaire, en reconnaissant sans ambages sa compétence dans les termes qui suivent :

« Le principe est aujourd'hui fermement établi dans l'arbitrage international qu'il est interdit à un Etat d'invoquer son droit interne pour échapper à l'arbitrage et à sa capacité de conclure des clauses compromissoires. Une telle attitude viole en effet les termes de la bonne foi et de l' *«international public policy* ».

Cette règle a été admise par des cours et des tribunaux internationaux dans divers cas ainsi que par de nombreux auteurs de doctrine (référence en rapport en Dem. 14.12.2008, n° 109 ss). Ainsi une sentence célèbre de 1971 : « *l'ordre public international s'opposerait avec force à ce qu'un organe étatique, traitant avec des personnes étrangères au pays puisse passer ouvertement, le sachant et le voulant, une clause d'arbitrage qui met en confiance le co-contractant et puisse ensuite, que ce soit dans la procédure arbitrale ou dans la procédure d'exécution, se prévaloir de la nullité de sa propre parole* ».

Elle a été par la suite régulièrement confirmée (par exemple Cour d'Appel de Paris, 1^{ère} chambre, section C du 17 décembre 1991 ; Gatoil International Incorporate c. la Société National Iranian Oil Company, n° 90-1957 ; pièce CL-54 ; Cour d'Appel de Paris, 1^{ère} chambre, section C du 24 février 1994, Ministère tunisien de l'Équipement c. société Bec Frères (1995) Rev. Arb. 275 ; pièce CL-56).

A travers cette jurisprudence, le principe de l'arbitrabilité objective et subjective du différend opposant la République du Sénégal et Millicom & Sentel a été reconnu et retenu par le CIRDI.

c/ Sur les mesures conservatoires prises par le CIRDI

Le fondement des mesures conservatoires

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 des 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 :

« 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.

Dans l'affaire République du Sénégal contre Millicom & Sentel, c'est cette démarche qui a motivé le CIRDI dans les mesures conservatoires qu'il a eu à prendre le 9 décembre 2009.

Le tribunal examine par priorité une requête faite en vertu dudit paragraphe.

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.

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 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.

2/ Affaire SOABI c/ République du Sénégal

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.

« Par ces motifs

Le tribunal décide :

- **de rejeter le moyen pris de ce que la SOABI ne remplit pas la condition de nationalité requise par la convention**
- **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 des questions de fond ».**

Conclusion

La non arbitrabilité objective du différend soulevée par la République du Sénégal dans l'affaire SOABI tire sa motivation du contenu d'une convention d'établissement. Ce qui, en d'autres termes, en fait un différend d'ordre contractuel et non d'un différend d'ordre conventionnel puisque ce n'est pas l'application de la convention de Washington qui est en cause, mais plutôt l'application de la clause d'une convention d'établissement.

Dans le différend République du Sénégal contre Millicom & Sentel, la non arbitrabilité objective et subjective du différend soulevée, par le Sénégal dans son déclinatoire de compétence, visait à la fois une contestation d'ordre contractuel et d'ordre conventionnel, puisque le Sénégal contestait les dispositions compromissaires de l'article 10 de la convention bilatérale le liant avec les Pays Bas, ainsi que les dispositions de la convention de Washington qui conféraient au détriment des juridictions étatiques sénégalaises le règlement des différends qu'il considérait comme relevant des prérogatives de puissance publique et pour lesquelles l'Etat ne peut compromettre.