

COUR D'APPEL DE PARIS
Chambre commerciale internationale

PÔLE 5 - CHAMBRE 16

ARRÊT DU 12 OCTOBRE 2021

(n° /2021, 25 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 19/21625 - N° Portalis
35L7-V-B7D-CBBL2

Décision déferée à la Cour : Sentence arbitrale du 24 Octobre 2019

DEMANDERESSE AU RECOURS :

REPUBLIQUE DU SENEGAL

Représentée par Monsieur Abdoulaye Daouda Diallo, Ministre des Finances et du Budget de la République du Sénégal, rue René Ndiaye - BP 4017 Dakar, Sénégal et Madame/Monsieur l'Agent judiciaire de la République du Sénégal, Ministère des Finances et du Budget de la République du Sénégal, rue René Ndiaye - BP 4017 Dakar, Sénégal
Prise en la personne de ses représentant légaux,

Représentée par Me Matthieu BOCCON GIBOD de la SELARL LEXAVOUE PARIS-VERSAILLES, avocat au barreau de PARIS, toque : C2477

Ayant pour avocats plaidants : Me François MEYER, avocat au barreau de PARIS, toque : E008 ; Me Simon NDIAYE, avocat au barreau de PARIS, toque : P0981 ; Me Mathias AUDIT, avocat au barreau de Paris, G0679.

DEFENDERESSE AU RECOURS

M. Ibrahim ABOUKHALIL

Domicilié : 45 rue Emile Menier 75116 PARIS

Représenté par Me Luca DE MARIA de la SELARL SELARL PELLERIN - DE MARIA - GUERRE, avocat au barreau de PARIS, toque : L0018.

Ayant pour avocat plaidant: Me Sébastien BONNARD du PARTNERSHIPS BROWN RUDNICK LLP, avocat au barreau de PARIS, toque : L0260.

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions des articles 805 et 907 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 21 Juin 2021, en audience publique, les avocats, informés de la composition du délibéré de la cour, ne s'y étant pas opposés, devant M. François ANCEL, Président, chargé du rapport et Mme Fabienne SCHALLER, Conseillère.

Ces magistrats ont rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :

M. François ANCEL, Président
Mme Fabienne SCHALLER, Conseillère
Mme Laure ALDEBERT, Conseillère

Greffier, lors des débats : Inès VILBOIS

ARRÊT :

- CONTRADICTOIRE
- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.
- signé par François ANCEL, Président et par Najma EL FARISSI, greffière à laquelle la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

I/ FAITS ET PROCÉDURE

1-Monsieur Ibrahim Aboukhalil est un homme d'affaires de nationalité sénégalaise, française et libanaise et se présente comme administrateurs de sociétés et promoteur immobilier.

2-En 2012, une enquête préliminaire a été ouverte au Sénégal par le Procureur spécial près la Cour de Répression de l'Enrichissement Illicite (ci-après la « CREI ») à l'encontre de M. Karim Wade, ministre, ancien agent public, et fils de l'ancien président de la République M. Abdoulaye Wade en raison d'une disproportion suspectée entre son patrimoine et ses revenus officiels.

3-Le 23 mars 2015, la CREI a déclaré M. Karim Wade coupable d'enrichissement illicite et M. Aboukhalil coupable de complicité d'enrichissement illicite.

4-A la suite des mesures de confiscation de ses biens ordonnées par la CREI, M. Aboukhalil, en sa qualité de ressortissant français, a engagé le 17 juillet 2015, en application de l'article 3 du règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (ci-après « la CNUDCI ») une procédure arbitrale devant la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale à l'encontre de la République du Sénégal sur le fondement du Traité bilatéral de promotion et de protection réciproque des investissements, signé à Dakar le 26 juillet 2007, entre la France et le Sénégal (ci-après « le TBI »).

5-Le 8 avril 2016, M. Aboukhalil a informé le tribunal arbitral de son arrestation par la gendarmerie sénégalaise. Le 13 avril 2016, le tribunal arbitral a, par ordonnance de procédure n°1, ordonné à la République du Sénégal de prendre les mesures appropriées afin de permettre à M. Aboukhalil de quitter le territoire sénégalais et de se rendre en France afin de subir le traitement que réclame son état de santé.

6-Le 24 octobre 2019, le Tribunal arbitral, composé de son Président, M. le Professeur Laurent Aynès et de ses co-arbitres, M. Éric Teynier et Mme le Professeur Brigitte Stern, statuant à la majorité sur la question de la compétence, s'est reconnu compétent pour statuer et a :

- Accueilli la demande de M. Aboukhalil tendant à obtenir la condamnation de la République du Sénégal au titre de la violation de ses engagements pris aux termes du TBI de (i) ne pas exproprier de manière illicite un investisseur étranger et, (ii) lui assurer un traitement juste et équitable;
- Condamné la République du Sénégal à payer à M. Aboukhalil une somme de 12.976.553,75 euros au titre du préjudice causé par l'atteinte à son investissement, 5.000.000 euros au titre d'un préjudice moral, et 225.323.411,32 euros (non exigible immédiatement) au titre du préjudice causé par la menace d'exécution forcée d'une amende et de ses intérêts civils;
- Condamné la République du Sénégal à payer à M. Aboukhalil un intérêt capitalisé par période de six mois au taux de 4,8% l'an appliqué à la valeur des participations à compter, pour ce qui concerne la valeur des participations dans Hardstand (3.403.601 euros), de sa mise sous administration provisoire le 3 juin 2013 et, pour

ce qui concerne la valeur des participations dans les SCP Blue Infinity Holdings, Blue Horizon Holdings et Cap Ouest (8.318.385 euros), de la mise sous séquestre de leurs appartements le 27 septembre 2013, jusqu'à la date de la sentence ;

- Condamné la République du Sénégal à payer à M. Aboukhalil des intérêts capitalisés par période de six mois sur le montant total des sommes mises à sa charge par la présente sentence, au taux d'intérêt légal applicable au Sénégal, jusqu'à leur paiement effectif ;
- Condamné la République du Sénégal à supporter 80% des frais de l'arbitrage et en conséquence à payer à M. Aboukhalil la somme de 1.620.288 euros ;
- Rejeté toutes les autres demandes dont celles reconventionnelles de la République du Sénégal.

7-Le 24 octobre 2019, la République du Sénégal a formé un recours en annulation contre cette sentence.

II/ PRÉTENTIONS DES PARTIES

8-Aux termes de ses dernières conclusions notifiées par voie électronique le 15 mars 2021, la République du Sénégal demande à la Cour de :

A titre principal,

PRONONCER l'annulation totale de la Sentence arbitrale en date du 24 octobre 2019 au motif que le Tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent *ratione personae* concernant les demandes portées par un investisseur sénégalais à l'encontre de son propre État de nationalité, au visa de l'article 1520, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile ;

PRONONCER l'annulation totale de la Sentence arbitrale en date du 24 octobre 2019 au motif que le Tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent *ratione materiae* en raison de l'impossibilité de qualifier d'investissement protégé au sens de l'article 1^{er} du TBI France-Sénégal l'investissement réalisé par un ressortissant sénégalais au Sénégal, au visa de l'article 1520, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile ;

PRONONCER l'annulation totale de la Sentence arbitrale en date du 24 octobre 2019 au motif que le Tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent *ratione materiae* en raison de l'illégalité de l'investissement lors de sa constitution, au visa de l'article 1520, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile ;

PRONONCER l'annulation totale de la Sentence arbitrale en date du 24 octobre 2019 au motif que le Tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent pour connaître des agissements imputés à AUDITEX et engager la responsabilité de la République du Sénégal de ce chef, au visa de l'article 1520, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile ;

PRONONCER l'annulation totale de la Sentence arbitrale en date du 24 octobre 2019 au motif que le Tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué et a méconnu sa mission en raison du défaut d'impartialité de son Président, au visa de l'article 1520 du Code de procédure civile, pris en ses deuxième et troisième alinéas ;

PRONONCER l'annulation totale de la Sentence arbitrale en date du 24 octobre 2019 au motif que la reconnaissance ou l'exécution de la Sentence est contraire à l'ordre public international en ce qu'elle donne effet à une opération de complicité d'enrichissement illicite et de blanchiment au visa de l'article 1520, alinéa 5, du Code de procédure civile ;

PRONONCER l'annulation totale de la Sentence arbitrale en date du 24 octobre 2019 au motif que la reconnaissance ou l'exécution de la Sentence est contraire à l'ordre public international en raison de l'atteinte qu'elle porte à la souveraineté de la République du Sénégal au visa de l'article 1520, alinéa 5, du Code de procédure civile;

PRONONCER l'annulation totale de la Sentence arbitrale en date du 24 octobre 2019 au motif que la reconnaissance ou l'exécution de la Sentence est contraire à l'ordre public international en raison de l'excès de pouvoir commis par le Tribunal arbitral, au visa de l'article 1520, alinéa 5, du Code de procédure civile.

A titre subsidiaire,

PRONONCER l'annulation partielle de la Sentence arbitrale en date du 24 octobre 2019 en ce qu'elle a condamné la République du Sénégal à payer à M. Aboukhalil la somme de 3.403.601 euros à titre d'indemnisation de la valeur des participations de ce dernier dans HARDSTAND et la somme de 8.318.385 euros à titre d'indemnisation de la valeur de ses participations dans les SCP BLUE INFINITY HOLDINGS, BLUE HORIZON HOLDINGS et CAP OUEST, au visa de l'article 1520, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile ;

PRONONCER l'annulation partielle de la Sentence arbitrale en date du 24 octobre 2019 en ce qu'elle a décidé que la République du Sénégal a violé l'engagement de traitement juste et équitable qu'elle a pris aux termes de l'article 4 du TBI France-Sénégal et décidé que la responsabilité de la République du Sénégal était engagée à ce titre, au visa de l'article 1520, alinéa 3, du Code de procédure civile ;

PRONONCER l'annulation partielle de la Sentence arbitrale en date du 24 octobre 2019 en ce qu'elle a condamné la République du Sénégal à payer à M. Aboukhalil le montant de l'amende et des intérêts civils soit 225.323.411,32 euros (148.239.086.396 FCFA) au titre du préjudice causé par la menace de recouvrement de cette amende et de ces intérêts civils et décidé que le paiement de cette condamnation deviendrait exigible dès le premier acte d'exécution forcée par la République du Sénégal, au visa de l'article 1520 du Code de procédure civile pris en ses troisième et quatrième alinéas ;

PRONONCER l'annulation partielle de la Sentence arbitrale en date du 24 octobre 2019 en ce qu'elle a condamné la République du Sénégal à payer à M. Aboukhalil la somme de 1.620.288 euros au titre de la répartition définitive des frais de l'arbitrage.

En tout état de cause,

CONDAMNER M. Aboukhalil à verser à la République du Sénégal la somme de 100.000 euros en application de l'article 700 du Code de procédure civile ;

CONDAMNER M. Aboukhalil aux entiers dépens de l'instance et de ses suites.

9-Aux termes de ses dernières conclusions notifiées par voie électronique le 25 mai 2021, M. Aboukhalil demande à la Cour de :

Sur les moyens tendant à l'annulation totale de la Sentence

DECLARER IRRECEVABLE, à défaut **REJETER** le moyen tiré d'une prétendue incompétence *ratione personae* du Tribunal arbitral (article 1520, 1^o du Code de procédure civile) ;

DECLARER IRRECEVABLE, à défaut **REJETER** le moyen tiré d'une prétendue incompétence *ratione materiae* du Tribunal arbitral en raison de la prétendue impossibilité de qualifier l'investissement réalisé par M. Aboukhalil sur le territoire du Sénégal d'« investissement » au sens de l'article 1^{er} du TBI France - Sénégal (article 1520, 1^o du Code de procédure civile) ;

DECLARER IRRECEVABLE, à défaut **REJETER** le moyen tiré d'une prétendue incompétence *ratione materiae* du Tribunal arbitral en raison de la prétendue illégalité de l'investissement réalisé par M. Aboukhalil sur le territoire du Sénégal (article 1520, 1^o du Code de procédure civile) ;

DECLARER IRRECEVABLE, à défaut **REJETER** le moyen tiré d'une prétendue incompétence *ratione materiae* du Tribunal arbitral pour connaître des agissements d'Auditex et les imputer à la République du Sénégal (article 1520, 1^o du Code de procédure civile) ;

DECLARER IRRECEVABLE, à défaut **REJETER** le moyen tiré d'une prétendue constitution irrégulière Tribunal ou de méconnaissance de sa mission en raison d'un prétendu défaut d'impartialité du Président du Tribunal arbitral (article 1520, 2^o du Code de procédure civile et article 1520, 3^o du Code de procédure civile) ;

REJETER le moyen selon lequel la reconnaissance ou l'exécution de la Sentence donnerait effet à une opération de complicité d'enrichissement illicite et de blanchiment (article 1520, 5^o du Code de procédure civile) ;

DECLARER IRRECEVABLE, à défaut **REJETER** le moyen selon lequel la reconnaissance ou l'exécution de la Sentence porterait atteinte à la souveraineté du Sénégal (article 1520, 5^o du Code de procédure civile) ;

DECLARER IRRECEVABLE, à défaut **REJETER** le moyen selon lequel le Tribunal arbitral n'aurait pas agi dans les limites de son pouvoir juridictionnel (article 1520, 5^o du Code de procédure civile) ;

Sur les moyens tendant à l'annulation partielle de la Sentence

REJETER le moyen tiré d'une prétendue incompétence du Tribunal arbitral pour ordonner une indemnisation à raison des atteintes portées aux participations indirectes de M. Aboukhalil dans des sociétés de droit sénégalais (article 1520, 1^o du Code de procédure civile) ;

REJETER le moyen tiré d'une prétendue méconnaissance par le Tribunal arbitral de sa mission (article 1520, 3^o du Code de procédure civile) ;

REJETER le moyen tiré d'une prétendue requalification de la demande de réparation du préjudice fondée sur une violation du traitement juste et équitable (articles 1520, 3^o et 1520, 4^o du Code de procédure civile) ;

REJETER la demande tendant à l'annulation de la décision du Tribunal arbitral sur la répartition définitive des frais de l'arbitrage ;

En conséquence,

REJETER le recours en annulation formé par la République du Sénégal à l'encontre de la Sentence ;

En tout état de cause,

CONDAMNER la République du Sénégal au paiement d'une indemnité de 200.000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens de la procédure.

III/ MOTIFS DE LA DECISION

1-Sur les demandes tendant à l'annulation totale de la sentence arbitrale

1-1 Sur le moyen d'annulation tiré de l'incompétence du tribunal arbitral (article 1520, 1° du Code de procédure civile)

10-La République du Sénégal, qui conclut au rejet de la fin de non-recevoir soulevée par M. Ibrahim Aboukhalil, invoque, en premier lieu, l'incompétence *ratione personae* du tribunal arbitral en raison de la double nationalité de ce dernier se fondant sur le principe coutumier de prohibition pour les binationaux d'agir en justice contre l'État dont il a la nationalité, principe établi par des traités internationaux, la pratique des Etats, ainsi que des décisions de justice internationale.

11-La République du Sénégal expose que la volonté d'exclure les doubles nationaux de la protection résulte des termes mêmes du TBI, interprétés à la lumière de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, ainsi que de son économie générale. Elle ajoute, à titre subsidiaire, que seul un investisseur, dont la nationalité dominante et effective est autre que celle de l'État hôte, peut bénéficier de la protection offerte par le TBI, et que tel n'est pas le cas en l'espèce dès lors que M. Aboukhalil détenait des liens économiques, matériels et affectifs bien plus forts et importants avec le Sénégal qu'avec la France, celui-ci n'ayant jamais vécu ni travaillé en France et ayant effectué les investissements faisant l'objet de la procédure arbitrale en tant que sénégalais et ayant été poursuivi devant la CREI en tant que sénégalais.

12-La République du Sénégal se prévaut, en deuxième lieu, de l'incompétence *ratione materiae* du tribunal arbitral en ce sens que les investissements allégués ne répondent pas à la définition posée par l'article 1.1 du TBI en ce qu'ils ont été réalisés par M. Aboukhalil en tant que sénégalais en l'absence de tout flux économique entre la France et le Sénégal et que certains d'entre eux ont été effectués de manière indirecte par le biais des sociétés étrangères.

13-La République du Sénégal estime également que les investissements allégués ne répondent pas à la condition de licéité exigée par le TBI en ce qu'ils résultent du trafic d'influence, du financement illégal et de l'acquisition illégale de l'assiette foncière du projet Eden Roc.

14-Sur le fondement de l'article 8 du Projet d'articles de la Commission du Droit International sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de 2001, la République du Sénégal conteste, en troisième lieu, la compétence du tribunal arbitral pour lui avoir imputé les agissements du cabinet d'expertise comptable Auditex, nommé comme administrateur judiciaire des sociétés de M. Aboukhalil par la CREI, afin d'engager sa responsabilité. La République du Sénégal estime que le tribunal arbitral n'a ni effectué le test du contrôle effectif pour conclure à l'attribution du comportement d'Auditex à l'État ni démontré en quoi celle-ci agissait sur ses instructions ou sous son contrôle.

15-En réponse, M. Aboukhalil soutient que le moyen d'annulation soulevé par le Sénégal au titre de l'incompétence *ratione personae* du tribunal arbitral est irrecevable en ce que qu'il relève de l'intérêt à agir et donc de moyens portant sur la recevabilité de sa demande et non de moyens tirés de l'incompétence du tribunal arbitral au titre de l'article 1520, 1° du Code de procédure civile. Il conteste, de surcroît, l'existence de la règle interdisant le recours d'un double-national à l'encontre de l'Etat dont il possède la nationalité, invoquée par le Sénégal en ce qu'elle ne relève que de la protection diplomatique.

16- M. Aboukhalil se fonde sur les principes dégagés par la jurisprudence et l'obligation d'interprétation de bonne foi issue de la Convention de Vienne ainsi que l'interprétation au regard du sens ordinaire et du contexte du TBI pour considérer que même en cas de silence du traité, il n'y a pas lieu d'ajouter au texte une distinction que les parties contractantes n'ont pas entendu y insérer, à savoir la distinction entre les investisseurs qui possèdent la nationalité française et ceux qui possèdent la double-nationalité franco-sénégalaise. M. Aboukhalil précise que la possibilité donnée par le TBI d'attirer l'un des États contractants devant un tribunal arbitral constitué selon le Règlement CNUDCI, qui n'exclut pas le recours des double-nationaux, permet de considérer que les États contractants n'ont pas voulu les exclure de la protection du TBI.

17-M. Aboukhalil estime que le moyen du Sénégal tiré de l'incompétence *ratione materiae* du tribunal arbitral au regard de sa nationalité est irrecevable au regard de l'article 1466 du Code de procédure civile, faute d'avoir été soulevé devant le tribunal arbitral. Il précise, de surcroît, que ce moyen est mal fondé car il est né français et possédait la nationalité française au moment de la constitution des investissements. Il fait valoir l'absence d'exigence relative à l'origine des fonds investis et à l'établissement d'un flux économique entre les deux pays pour définir l'investissement au sens du TBI et ajoute que les participations indirectes qu'il détient dans les SCP de droit sénégalais par le biais des sociétés panaméennes, elles-mêmes détenues par lui à 100% à titre personnel, constituent des investissements indirects prévus dans l'article 1^{er} du TBI.

18-Quant à la légalité de ses investissements, M. Aboukhalil estime que ce moyen invoqué par le Sénégal est irrecevable en ce qu'il conduirait la cour à opérer une nouvelle appréciation au fond des éléments et décisions qui sont au cœur de la question de savoir si la République du Sénégal a respecté ses engagements internationaux au titre de la protection accordée par le TBI. Il considère en effet que pour y procéder la cour n'aurait d'autre choix que de procéder au réexamen d'agissements relevant du fond du litige, et donc de procéder à une nouvelle instruction de l'affaire, en revenant sur l'appréciation par les arbitres des éléments relatifs à la procédure ayant abouti à l'arrêt de la CREI – les auditions de témoins par la Commission d'instruction de la CREI ou le rapport du cabinet Auditex mandaté par cette même Commission, ce que le principe de l'interdiction de la révision au fond lui interdit.

19-M. Aboukhalil prétend que le moyen tiré de l'imputabilité des agissements d'Auditex à l'État est irrecevable en ce qu'il relève de l'examen au fond du litige. Il considère que la Cour ne pourra prononcer, en cas de recevabilité de ce moyen, que l'annulation partielle de la sentence. Il ajoute que ce moyen constitue une constatation surabondante de la motivation de la sentence qui ne saurait avoir pour effet d'emporter l'annulation de la sentence.

SUR CE,

20-Selon l'article 1520, 1^o, du code de procédure civile, le recours en annulation est ouvert si le tribunal s'est déclaré à tort compétent ou incompétent.

21-Dans le cadre d'un recours en annulation fondé sur l'article 1520, 1^o du code de procédure civile, il appartient au juge de l'annulation de contrôler la décision du tribunal arbitral sur sa compétence, qu'il se soit déclaré compétent ou incompétent, en recherchant tous les éléments de droit ou de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage.

Sur la fin de non-recevoir soulevée par M. Ibrahim Aboukhalil ;

22-S'il est exact que la capacité à agir relève d'une question de recevabilité de l'action et non d'une question de compétence du tribunal arbitral qui a à en connaître, et qu'une telle contestation ne constitue pas un des cas d'ouverture du recours en annulation limitativement énumérés à l'article 1520 du code de procédure civile, tel n'est pas le cas d'un moyen qui

tend à contester l'aptitude d'un tribunal arbitral à connaître d'un litige au regard du champ d'application d'un traité bilatéral d'investissements, qui relève bien d'une question de compétence et non de recevabilité.

23-En l'espèce, la République du Sénégal ne conteste pas la capacité de M. Aboukhalil à agir devant le tribunal arbitral, mais bien la compétence de ce dernier à connaître du litige qu'il a souhaité porter devant lui au regard du champ d'application du TBI, qui contient l'offre d'arbitrage acceptée par M. Aboukhalil par la notification d'arbitrage qu'il a adressée à la République du Sénégal le 17 juillet 2015.

24-La fin de non-recevoir, qui repose sur une qualification erronée du moyen invoqué, sera en conséquence écartée.

Sur la compétence ratione personae du tribunal arbitral ;

25-Lorsque la clause d'arbitrage résulte d'un Traité bilatéral d'investissements, il convient d'apprécier la volonté commune des parties contractantes de recourir à l'arbitrage au regard de l'ensemble des dispositions du traité de sorte que le tribunal arbitral n'est compétent pour connaître d'un litige que s'il entre dans le champ d'application du traité et qu'il est satisfait à l'ensemble de ses conditions d'application.

26-En l'espèce, l'article 8 intitulé « Règlement des différends entre un investisseur et une Partie contractante » du TBI est ainsi rédigé :

« Tout différend relatif aux investissements entre l'une des Parties contractantes et un investisseur de l'autre Partie contractante est réglé à l'amiable entre les deux parties concernées.

Si un tel différend n'a pas pu être réglé dans un délai de six mois à partir de la date à laquelle un règlement amiable a été demandé par l'une ou l'autre des parties au différend, il est soumis à la demande de l'investisseur concerné à l'arbitrage :

- a) d'un tribunal arbitral ad hoc constitué selon les règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), ou ;*
- b) du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), créé par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, signée à Washington le 18 mars 1965, ou ;*
- c) de la Cour commune de justice et d'arbitrage créée par le Traité de l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique du 17 octobre 1993 (OHADA), lorsque les parties aux différends relèvent de ce Traité.*

Dans le cas où le différend est de nature à engager la responsabilité pour les actions ou omissions de collectivités publiques ou d'organismes dépendants de l'une des deux Parties contractantes, au sens de l'article 2 du présent accord, ladite collectivité publique ou ledit organisme sont tenus de donner leur consentement de manière inconditionnelle au recours à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), au sens de l'article 25 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, signée à Washington le 18 mars 1965».

27-Il ressort en outre de l'article 1 (2) (a) du TBI que les « investisseurs » sont définis comme «*Les nationaux, c'est-à-dire les personnes physiques possédant la nationalité de l'une des Parties contractantes* ».

28-Pour retenir sa compétence, le tribunal arbitral, à la majorité, a considéré dans le paragraphe 144 de sa sentence qu'un « *binational est une personne qui a pleinement et cumulativement deux nationalités. L'article 1.2 du TBI ne rencontre donc pas d'obstacle*

objectif à son application. Seule la volonté de traiter les binationaux comme différents de ceux qui n'ont qu'une nationalité justifierait qu'on les exclue de la catégorie générale de ceux qui possèdent la nationalité de l'une des Parties contractantes. Cela nécessiterait que l'on introduise au sein de cette dernière catégorie une distinction qui ne figure pas dans le TBI et qui ne s'impose pas rationnellement. Or, précisément, l'une des règles essentielles de l'interprétation est l'interdiction de distinguer là où le texte ne distingue pas. Le Tribunal arbitral ne saurait donc considérer, pour l'application du TBI, les binationaux sénégalais-français comme une catégorie distincte des Français, alors que le TBI ne comporte pas une telle distinction et que celle-ci serait injustifiée au regard du statut du binational. Le Tribunal arbitral statuant à la majorité de ses membres est donc d'avis que le silence du TBI à l'égard des binationaux sénégalais-français n'est pas une lacune : les binationaux sénégalais-français répondent pleinement à la condition posée à l'article 1.2 du TBI, à savoir la possession de la nationalité de l'une des Parties contractantes ».

29-Il convient en effet de relever que le TBI ne contient aucune disposition concernant les binationaux.

30-Si, en application de l'article 31 intitulé « Règle générale d'interprétation » de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 « 1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but » et que « 2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus : a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ; / b) Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité », il ne résulte pas de ces règles qu'il conviendrait de distinguer là où le traité ne distingue pas.

31-De même, il ressort de l'article 32 de ce traité intitulé « Moyen complémentaire d'interprétation » qu'il « peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :

a) Laisse le sens ambigu ou obscur ; ou

b) Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable ».

32-En l'occurrence, le sens ordinaire des termes du traité, sans qu'il ne soit utile de se livrer à une interprétation de ce texte, de se référer aux règles propres à la protection diplomatique, ou encore de se livrer à une appréciation sur la nationalité dominante et effective de l'investisseur, ne peut conduire à exclure les binationaux de l'application du TBI, au risque d'ajouter une condition qui n'a pas été stipulée.

33-Une telle interprétation n'est au demeurant pas contraire à l'objet et au but du traité qui vise à « renforcer la coopération économique entre les deux Etats et de créer des conditions favorables pour les investissements français au Sénégal et sénégalais en France ; persuadés que l'encouragement et la protection de ces investissements sont de nature à stimuler les transferts de capitaux et de technologie entre les deux pays, dans l'intérêt de leur développement économique », de même qu'au regard de l'histoire des relations entre la France et la République du Sénégal et du nombre très important de binationaux des deux pays, évalué par les parties entre 3,3 et 5 millions, considération qui ne peut pas avoir échappé aux Etats signataires.

34-Comme l'a indiqué le Tribunal arbitral (statuant à la majorité) « ces objectifs ne seraient pas pleinement atteints si les binationaux étaient exclus, plus encore considérant l'histoire commune de la République du Sénégal et de la France et le nombre très important de binationaux franco-sénégalais. La finalité du TBI étant de développer les investissements entre les deux États, une interprétation qui inclut les binationaux, augmentant le flux d'investissements protégés, doit être préférée à l'interprétation inverse qui restreindrait ce flux » (§ 146).

35-A cet égard, le fait que la Convention de Washington du 18 mars 1965 créant le CIRDI, rappelle expressément dans son article 25(2)(a) que le « Ressortissant d'un autre Etat contractant » signifie « (a) toute personne physique qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage (...), 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 », est inopérant en l'espèce, dès lors qu'il est constant que les parties n'ont pas opté pour un arbitrage CIRDI mais, comme le TBI le leur permettait au terme de son article 8 leur offrant une option, pour un arbitrage constitué sous l'égide de la CNUDCI, qui, précisément, ne reprend pas une telle règle.

36-De même, le fait que certains articles du TBI renvoient à la notion « d'investisseur étranger » (article 1.5) ou à celle d'investisseur « de l'autre partie contractante » (article 5, 6, et 8) n'est pas de nature à exclure la compétence du tribunal arbitral pour connaître d'un litige en faveur d'un binational ; outre le fait que cette question relève d'une appréciation au fond portant sur l'étendue de la protection substantielle (et non procédurale) à accorder effectivement à l'investisseur qui se prévaut des dispositions du TBI sans que cette circonstance puisse exclure la compétence du tribunal arbitral pour en connaître et décider du bénéfice possible de telle ou telle disposition protectrice en fonction de son champ d'application.

37-Il ressort de ces éléments que le TBI, contrairement à d'autres instruments internationaux, ne fait pas un sort particulier aux binationaux, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'ajouter au texte une distinction que les parties contractantes n'ont pas entendu y insérer.

38-En l'état de ces éléments, ce grief sera rejeté.

Sur la compétence ratione materiae du tribunal arbitral ;

Sur la recevabilité du grief tiré d'une condition de nationalité de l'investisseur au moment de la constitution de l'investissement,

39-Aux termes de l'article 1466 du même code, la partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir.

40-Lorsque la compétence a été débattue devant les arbitres, les parties ne sont pas privées du droit d'invoquer sur cette question, devant le juge de l'annulation, de nouveaux moyens et arguments et à faire état, à cet effet, de nouveaux éléments de preuve.

41-En l'espèce, quand bien même, la République du Sénégal n'aurait pas précisément invoqué devant le tribunal arbitral le grief tiré de la nationalité de l'investisseur au moment de la constitution de l'investissement, ce grief est bien recevable devant la cour dès lors qu'il n'est pas contesté que le moyen tiré de l'incompétence avait été en tout état de cause soulevé devant le tribunal arbitral.

Sur le bien fondé du grief tiré d'une condition de nationalité de l'investisseur au moment de la constitution de l'investissement ;

42-Aux termes de l'article 1.1 du TBI, « Le terme « investissement » désigne tous les avoirs, tels que les biens, droits et intérêts de toutes natures et plus particulièrement mais non exclusivement : (...). Il est entendu que lesdits avoirs doivent être ou avoir été investis conformément à la législation de la Partie contractante sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle l'investissement est effectué, avant ou après l'entrée en vigueur du présent accord ».

43-Aucune condition supplémentaire n'est requise en lien avec la date à laquelle celui qui investit est titulaire la nationalité de l'autre partie contractante.

44-En tout état de cause, M. Aboukhalil étant français par filiation depuis sa naissance, cette condition à supposer exiger par le TBI serait satisfaite de sorte que le grief tiré de l'incompétence du tribunal arbitral n'est pas fondé.

Sur la notion d'investissement protégé

45-La République du Sénégal soutient en substance que le Tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent en octroyant à M. Aboukhalil le bénéfice du TBI, alors même que l'investissement allégué a été réalisé par un ressortissant sénégalais au Sénégal, sans flux entre la France et le Sénégal, en partie par des sociétés panaméennes, et sans que l'investisseur ne se soit prévalu de sa nationalité française,

46-A cet égard, il convient de relever qu'une telle condition relative au « flux », qui devrait conduire à n'accorder une protection qu'aux seuls investissements réalisés sur le territoire sénégalais avec des capitaux transférés depuis la France, ne résulte pas de l'article 1.1 du TBI sur la définition du terme « investissement » qui ne comporte nullement une telle restriction, et qui précise en outre que ce terme peut couvrir aussi les « participations, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes ».

47-Elle ne résulte pas non plus du préambule de ce traité qui précise seulement que les deux pays sont « désireux de renforcer la coopération économique entre les deux Etats et de créer des conditions favorables pour les investissements français au Sénégal et sénégalais en France ».

48-Ainsi, il convient de considérer d'une part, que l'investissement peut mobiliser des ressources générées sur n'importe quel territoire et d'autre part, qu'il peut entrer dans le champ du TBI dès lors qu'il émane d'une personne ayant la nationalité française, ce qui est le cas en l'espèce, M. Ibrahim Aboukhalil ayant acquis cette nationalité dès sa naissance.

49-Enfin, l'article 8 du TBI relative à la protection procédurale (clause d'arbitrage) ne comporte pas non plus de conditions liées à la nécessité d'un « flux » tel qu'allégué par la République du Sénégal. Ce faisant, sous couvert d'un moyen tiré de l'incompétence du tribunal, la République du Sénégal entend remettre en cause la décision visant à accorder à l'investissement de M. Ibrahim Aboukhalil la protection substantielle prévue par le TBI, laquelle est distincte de la protection procédurale.

50-Le Tribunal arbitral a ainsi pu considérer au § 198 de sa sentence que « l'article 1er du TBI n'exig[e] pas qu'il y ait un flux et encore moins un flux provenant de l'un des Etats Parties vers l'autre, soit de la France vers le Sénégal. Cette lecture est au demeurant conforme à la pratique arbitrale en droit de l'investissement ».

51-Ce grief sera en conséquence rejeté.

Sur l'illégalité alléguée de l'investissement ;

52-En présence d'un traité bilatéral d'investissements, dès lors que la compétence du tribunal arbitral est la condition du consentement de l'Etat au recours à l'arbitrage, le tribunal arbitral ne peut connaître d'un litige que s'il entre dans le champ d'application du traité et qu'il est satisfait à l'ensemble de ses conditions d'application temporelle, personnelle et matérielle qui a trait à l'existence du pouvoir juridictionnel du tribunal.

53-Cependant, ces conditions ne doivent pas conduire à priver l'exercice par le tribunal arbitral de son pouvoir juridictionnel et ainsi faire dépendre la compétence du tribunal ni de la recevabilité des demandes portées devant lui, ni de l'examen du bénéfice effectif de la protection substantielle à l'investissement litigieux, dont l'appréciation dépend uniquement d'une analyse au fond du litige.

54-Ainsi, sous couvert d'un contrôle de la compétence, le juge de l'annulation ne peut, se substituer à l'arbitre pour apprécier la validité ou la régularité de l'investissement litigieux, qui ne relève que du seul fond du litige et non de l'appréciation de la compétence du tribunal arbitral pour en connaître.

55-En outre, lorsque la clause d'arbitrage résulte d'un Traité bilatéral d'investissements, l'offre permanente d'arbitre est autonome et indépendante de la validité de l'opération qui a donné naissance à l'investissement ou qui la soutient.

56-En l'espèce, il ressort de l'article 8 précité du TBI que le champ de l'offre d'arbitrage est très large puisqu'il précise que « *Tout différend relatif aux investissements entre l'une des Parties contractantes et un investisseur de l'autre Partie contractante est réglé à l'amiable entre les deux parties concernées* ».

57-En notifiant sa requête en arbitrage le 17 juillet 2015, M. Ibrahim Aboukhalil a donc accepté l'offre permanente d'arbitrage faite par la République du Sénégal, manifestant ainsi le consentement des deux parties pour soumettre leur différend au tribunal arbitral.

58-Ainsi, sous couvert d'un moyen d'annulation tiré de l'incompétence du tribunal arbitral, la République du Sénégal, ne peut conduire la cour à réapprécier la légalité de l'investissement de M. Ibrahim Aboukhalil qui suppose de procéder à un nouvel examen des procédures et décisions qui ont été rendues à l'encontre de l'intéressé par la CREI qui a conclu à l'établissement d'un comportement délictueux de ce dernier, lesquelles participent selon M. Aboukhalil de la violation par la République du Sénégal de ses engagements pris au titre du TBI, et constituent précisément l'objet principal du litige qui a été soumis au tribunal arbitral.

59-Ce grief, inopérant, sera en conséquence rejeté.

Sur le grief tiré de l'incompétence du Tribunal arbitral pour connaître des agissements imputés au cabinet AUDITEX et engager la responsabilité la République du Sénégal ;

60-En l'espèce, il ressort de l'article 2 du TBI que « *Pour l'application du présent Accord, il est entendu que les Parties contractantes sont responsables des actions et omissions de leurs collectivités publiques, et notamment de leurs Etats fédérés, régions, collectivités locales ou de toute autre entité sur lesquels la Partie contractante exerce une tutelle, la représentation ou la responsabilité de ses relations internationales ou sa souveraineté* ».

61-Il ressort des éléments versés que par ordonnance du 3 juin 2013, la Commission d'instruction de la CREI a prononcé la mise sous administration provisoire de la société Hardstand et nommé le cabinet d'expertise comptable AUDITEX en tant qu'administrateur provisoire de cette société avec pour mission d'accomplir des actes d'administration courante ou de disposition au nom de la société et, plus généralement, de gérer la société ; de conclure des actes juridiques au nom de la société et, plus généralement, d'engager la société ; de conduire des procès au nom de la société et d'exercer des voies de recours au profit de la société.

62-En outre, le cabinet AUDITEX était désigné en tant que séquestre judiciaire des appartements détenus par les sociétés liées à M. Aboukhalil.

63-La République du Sénégal reproche en substance au tribunal de n'avoir pas démontré en quoi le cabinet AUDITEX agissait effectivement sous le contrôle de l'État du Sénégal, ni établi qu'en tant qu'administrateur provisoire, il agissait sur instructions de l'État, seules conditions selon elle pour que les actes d'AUDITEX puissent lui être imputables et que sa responsabilité internationale puisse être retenue pour violation du TBI.

64-Il ressort de cette critique que sous couvert d'un moyen sur la compétence, la République du Sénégal demande à la cour de déterminer si les agissements du cabinet Auditex pouvaient être imputés à la République du Sénégal et engager sa responsabilité

internationale de sorte qu'elle entend ainsi revenir sur l'imputabilité d'un comportement à la République du Sénégal et sa responsabilité internationale reconnue par le tribunal arbitral, ce qui relève d'une question touchant au fond du litige, dont ne dépend pas la compétence du tribunal arbitral pour en connaître.

65-Au demeurant, le tribunal arbitral a tranché cette question à l'occasion de l'examen des « demandes au fond » dans la troisième partie de sa sentence après avoir retenu dans une section préliminaire intitulée « Sur l'imputabilité de la République du Sénégal du comportement d'Auditex » que « *Les parties ne contestent pas que les actes et/ou omissions des organes de la République du Sénégal (organes judiciaires, Ministère de l'économie des finances et du plan etc...) sont imputables à la Défenderesse. La Défenderesse conteste en revanche que les agissements d'AUDITEX lui soient imputables* » (cf. § 324 de la sentence).

66-Ce grief sera en conséquence rejeté.

67-Au regard de l'ensemble de ces éléments, le moyen d'annulation fondé sur l'incompétence du tribunal arbitral sera rejeté.

1-2 Sur le moyen d'annulation tiré du défaut d'impartialité du président du tribunal arbitral (article 1520, 2° du Code de procédure civile)

68-La République du Sénégal invoque l'annulation de la sentence pour défaut d'impartialité du président du tribunal arbitral. Elle estime qu'à la différence de l'obligation d'indépendance, l'absence d'impartialité de l'arbitre ne peut être établie qu'une fois la sentence rendue, et qu'aucune renonciation ne saurait être déduite de l'absence de réaction de la partie qui en a été la victime pour déclarer recevable son moyen tiré du défaut d'impartialité du président du tribunal arbitral.

69-La République du Sénégal déduit la partialité du président des décisions prises au cours de la procédure arbitrale, à l'occasion des ordonnances de procédure n^{os} 1 et 3 respectivement les 13 avril 2016 et 21 octobre 2016 autorisant le déplacement en France de M. Aboukhalil pour des raisons médicales et rejetant sa demande de bifurcation de procédure.

70-La République du Sénégal soutient également que l'absence d'impartialité du président du tribunal arbitral ressort de son comportement et des traitements différenciés en faveur de M. Aboukhalil lors des audiences ainsi que de la lecture de la sentence arbitrale.

71-En réponse, M. Aboukhalil soutient que le moyen tiré du défaut d'impartialité du président du tribunal arbitral est irrecevable conformément à l'article 1466 du Code de procédure civile faute d'avoir été soulevé pendant la procédure arbitrale à la suite des ordonnances de procédure contestées par le Sénégal. Il considère que l'impartialité de l'arbitre doit être appréciée de manière objective et qu'en l'espèce, le Sénégal n'a pas pu rapporter des éléments précis et objectifs de nature à créer, dans l'esprit des parties, un doute raisonnable sur l'impartialité du président du tribunal arbitral ; les ordonnances de procédure, la conduite des audiences et la rédaction de sentence arbitrale étant l'œuvre collective du tribunal arbitral.

SUR CE,

Sur la recevabilité du moyen ;

72-En l'espèce, l'article 11 du Règlement CNUDCI (version 1976) applicable à la procédure arbitrale prévoit que « *Toute partie qui souhaite récuser un arbitre doit notifier sa décision dans les quinze jours suivant la date à laquelle la nomination de cet arbitre lui a été notifiée ou dans les quinze jours suivant la date à laquelle elle a eu connaissance des circonstances visées aux articles 9 et 10* ».

73-En outre, en application de l'article 30 de ce Règlement, « *Toute partie qui, bien qu'elle sache que l'une des dispositions ou des conditions énoncées dans le présent Règlement n'a pas été respectée, poursuit néanmoins l'arbitrage sans formuler d'objection est réputée avoir renoncé à son droit de faire objection.* ».

74-De même, en application de l'article 1466 du code de procédure civile, la partie qui, en connaissance de cause, s'abstient d'exercer, dans le délai prévu par le règlement d'arbitrage applicable, son droit de récusation, en se fondant sur toute circonstance de nature à mettre en cause l'indépendance ou l'impartialité d'un arbitre, est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir devant le juge de l'annulation.

75-Au regard de ces textes, il incombe à la cour de rechercher si, relativement à chacun des faits et circonstances allégués comme constitutifs d'un manquement à l'obligation d'impartialité de l'arbitre, le délai imparti par le règlement d'arbitrage pour exercer le droit de récusation a, ou non, été respecté.

76-En premier lieu, la République du Sénégal considère qu'en ayant permis à M. Ibrahim Aboukhalil de quitter le territoire sénégalais et qu'en rejetant la demande de bifurcation de procédure qu'elle avait présentée, le président du tribunal arbitral a, dès le début de l'instance, fait preuve de son hostilité vis-à-vis de la position qu'elle défendait sur la compétence du tribunal arbitral ainsi que vis-à-vis de la décision de la CREI.

77-Il convient cependant de relever que ces décisions ont été prises par deux ordonnances de procédure n°1 du 13 avril 2016 et n°3 du 21 octobre 2016.

78-Il n'est pas contesté que la République du Sénégal n'a pas sollicité dans les 15 jours suivants ces deux ordonnances la récusation du président du tribunal. Elle est donc réputée et y avoir renoncé et n'est pas recevable à se fonder sur celles-ci pour caractériser un défaut d'impartialité devant le juge de l'annulation.

79-La République du Sénégal reproche en second lieu, une absence d'impartialité du président du Tribunal arbitral lors des audiences estimant qu'il lui aurait réservé les questions « les plus alambiquées ».

80-Il convient cependant de relever que, alors même que lors d'une audience (cf. le transcript de l'audience du jeudi 29 novembre 2018, p. 22, lignes 6-25) son avocat avait interpellé le président du tribunal sur sa propension à reformuler les questions qu'elle posait, estimant ainsi qu'il ne laissait pas « *la Partie adverse répondre clairement* » lui évitant ainsi « *peut-être* » de « *la laisser dans la difficulté* », la République du Sénégal n'a pas jugé utile de solliciter la récusation de l'arbitre pour partialité. Elle est donc également réputée y avoir renoncé et n'est pas recevable à se fonder sur l'attitude alléguée du président du tribunal arbitral durant les audiences pour caractériser un défaut d'impartialité devant le juge de l'annulation.

81-Enfin, la République du Sénégal considère que les contradictions ou traitements différenciés relevés dans la sentence, permettent aussi de caractériser un défaut d'impartialité du tribunal arbitral.

82-Dès lors que ces circonstances sont postérieures à la clôture des débats et ont été révélées qu'une fois la sentence arbitrale rendue, la République du Sénégal ne peut être réputée y avoir renoncé de telle sorte que, pour ces circonstances, le moyen doit être déclaré recevable devant le juge de l'annulation.

Sur le bien fondé du moyen ;

83-L'impartialité de l'arbitre suppose l'absence de préjugés ou de partis pris susceptibles d'affecter le jugement de l'arbitre, lesquels peuvent résulter de multiples facteurs tels que la nationalité de l'arbitre, son environnement social, culturel ou juridique.

84-Toutefois pour être pris en compte ces éléments doivent créer, dans l'esprit des parties, un doute raisonnable sur son impartialité de telle sorte que l'appréciation de ce défaut doit procéder d'une démarche objective.

85-Si un tel doute peut le cas échéant résulter de la sentence elle-même, encore faut-il, dès lors que le contenu de la motivation de la sentence arbitrale échappe au contrôle du juge de l'annulation, que ce doute soit fondé sur des éléments précis quant à la structure de la sentence ou ses termes mêmes, qui laisseraient supposer que l'attitude de l'arbitre a été partielle ou à tout le moins serait de nature à donner le sentiment qu'elle l'a été.

86-En l'espèce, la République du Sénégal reproche en premier lieu au tribunal de s'être, sous couvert de procéder à la recherche de la nationalité la plus effective de M. Aboukhalil, contenté de vérifier qu'il disposait bien de la nationalité française et ainsi de s'être abstenu de procéder à la recherche de la nationalité effective. Elle reproche en outre au tribunal arbitral d'avoir rejeté l'approche des « red flags » en refusant de prendre en compte des indices graves de commission d'un acte de corruption ou d'infractions assimilées en affirmant, avoir « *jugé que la Défenderesse [la République du Sénégal] n'avait pas prouvé que l'investissement du Demandeur était illicite* ».

87-Il résulte de ces griefs que, sous couvert d'un défaut d'impartialité que ces seules énonciations sont impropres à caractériser, la critique de la République du Sénégal porte en réalité sur la motivation du tribunal arbitral que celle-ci considère comme insuffisante pour fonder sa décision.

88-Il convient au regard de ces éléments de rejeter ce grief qui n'est nullement caractérisé et en conséquence ce moyen d'annulation.

1-3 Sur le moyen d'annulation tiré de la contrariété de la sentence à l'ordre public international (article 1520, 5° du Code de procédure civile)

89-La République du Sénégal expose que la reconnaissance ou l'exécution de la Sentence est contraire à l'ordre public international en ce qu'elle donne effet à une opération de complicité d'enrichissement illicite et de blanchiment.

90-Elle rappelle que M. Aboukhalil a été reconnu coupable du délit de complicité d'enrichissement illicite et condamné par les juridictions sénégalaises pour l'assistance et la collaboration apportées à M. Karim WADE dans ses opérations occultes et rappelle que la répression de ces agissements délictueux relève de l'ordre public international.

91-La République du Sénégal soutient que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence arbitrale en date du 24 octobre 2019, en tant qu'elle annihile les effets d'une condamnation pénale définitive en droit interne de M. Aboukhalil, lui permettant ainsi de conserver des biens d'origine illicite, fruit d'activités délictueuses, est contraire à l'ordre public international.

92-Elle ajoute que les valeurs et principes consacrés par un texte faisant l'objet d'un consensus international relèvent de l'ordre public international et que l'infraction d'enrichissement illicite et la complicité de la commission de cette infraction font expressément partie des comportements répréhensibles visés par ce consensus international en ce qu'elles sont visées par l'article 20 de la Convention des Nations unies contre la corruption signée à Mérida, transposé à l'article 163 bis du code pénal sénégalais.

93-La République du Sénégal soutient que ni l'article 20, ni l'article 27(1) de la Convention de Mérida, qui répriment respectivement l'enrichissement illicite et la complicité de cette infraction, n'ont fait l'objet de réserves de la part des États signataires, de sorte que la ratification, l'approbation ou l'acceptation par ces pays signifient, selon les règles du droit international public, que les 187 États signataires de la Convention de Merida, en ce compris la France, ont consenti à être liés par ses dispositions.

94-La République du Sénégal explique que les conditions dans lesquelles les investissements allégués par M. Aboukhalil ont été effectués correspondent à des « *red flags* » qui, additionnés, auraient dû conduire le Tribunal arbitral à rejeter ses demandes parce que notamment, ils ont été réalisés en grande partie par le versement d'importantes sommes d'argent en espèces, via des sociétés étrangères afin de rendre indétectables les transferts de fonds, puis grâce à l'influence de M. Karim Wade, fils de l'ancien Président Abdoulaye Wade et grâce aux relations privilégiées de M. Aboukhalil avec des agents publics.

95-La République du Sénégal considère que prenant en compte les « *red flags* » et jugeant à nouveau la question de l'illégalité de l'investissement de M. Aboukhalil, la Cour ne pourra que reconnaître qu'il existe un faisceau d'indices graves, précis et concordants de nature à semer le doute sur les modalités de réalisation de l'investissement de M. Aboukhalil, dont la perte a été indemnisée par le Tribunal arbitral.

96-Elle estime ainsi qu'en neutralisant les condamnations prononcées par la CREI à l'encontre de M. Aboukhalil, la sentence arbitrale a permis à ce dernier de bénéficier du produit de ses activités délictueuses et plus généralement d'une totale impunité, après avoir obtenu la protection du TBI, dont il n'aurait pas dû bénéficier en raison de la prépondérance de sa nationalité sénégalaise et du caractère interne au Sénégal du litige porté devant un tribunal arbitral international.

97-La République du Sénégal fait valoir en outre que la violation de l'ordre public international résulte également de l'atteinte à sa souveraineté par l'admission du tribunal arbitral du déni de justice substantiel subi par M. Aboukhalil qui consiste en l'examen du bien-fondé de la décision de la CREI prise en vertu de la souveraineté étatique alors que le contrôle du tribunal arbitral aurait dû se limiter au volet procédural du déni de justice et ne pas admettre un déni de justice substantiel.

98-Elle reproche enfin au tribunal arbitral d'avoir commis une ingérence dans le système judiciaire sénégalais en outrepassant son pouvoir juridictionnel et porté ainsi atteinte à sa souveraineté en lui enjoignant, par l'Ordonnance de procédure n°1, la mesure conservatoire consistant à la libération contraignante de M. Aboukhalil qui n'est pas proportionnelle et ne relève pas de son pouvoir juridictionnel fondé tant sur le TBI que sur le Règlement CNUDCI.

99-En réponse, M. Aboukhalil soutient que le moyen tiré de la contrariété de l'ordre public international du Sénégal s'appuie sur les éléments factuels, relevant de l'examen au fond du litige par le tribunal arbitral qui a considéré que l'arrêt de la CREI constatant ces éléments est constitutif d'un manquement au TBI par le Sénégal. Il soutient que la sentence n'a enfreint aucune règle dont l'observation est nécessaire à la sauvegarde de l'organisation sociale ou économique de l'Etat français et qu'au contraire, cette sentence préserve les principes fondamentaux de justice bafoués par la CREI et la République du Sénégal, tels que le droit à comparaître devant ses juges et à participer à son procès, le droit à l'assistance d'un avocat, la garantie fondamentale de composition régulière des juridictions ou encore l'interdiction des traitements inhumains et dégradants et de la spoliation, qui sont à la fois d'ordre public international et font partie intégrante du TBI France-Sénégal.

100-M. Aboukhalil considère que l'infraction d'enrichissement illicite réprimée en droit sénégalais ne fait pas partie de l'ordre juridique international français. Il affirme qu'il n'a fait l'objet d'aucune poursuite pénale pour les infractions alléguées par le Sénégal à son encontre et que le Tribunal de grande instance de Paris, puis la Cour d'appel de Paris, ont respectivement, les 26 septembre 2016 et 14 mars 2018, refusé de donner effet en France à l'arrêt de la CREI et rejeté la demande d'exécution sur le territoire français des confiscations ordonnées par les autorités sénégalaises, en ce sens que les actes qui lui étaient reprochés ne constituent pas des infractions pénales au regard du droit français.

101-M. Aboukhalil soutient que le moyen tiré du déni de justice substantiel est irrecevable en ce qu'il tend à un réexamen au fond de l'analyse du tribunal arbitral. Il affirme que le tribunal arbitral était fondé à statuer sur l'existence d'un déni de justice substantiel pour

reconnaître la violation par le Sénégal du traitement juste et équitable et rappelle qu'en tout état de cause, tout vice affectant ce grief ne saurait avoir pour effet d'emporter l'annulation de la sentence dès lors qu'il ne s'agit que d'une constatation surabondante de la motivation de la sentence.

102-M. Aboukhalil soutient encore que le moyen relatif à l'ordonnance de procédure n°1 du Sénégal est irrecevable dans la mesure où un acte de procédure non visé dans la déclaration d'appel ne peut faire l'objet du recours en annulation. Il estime que le Tribunal arbitral a agi dans les limites de son pouvoir juridictionnel conformément à l'article 1468 du Code de procédure civile et à l'article 26 du Règlement CNUDCI pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires dans l'attente de la solution du litige sur le fond, et ce, notamment pour préserver une situation de fait, des droits ou des preuves. M. Aboukhalil ajoute que le Sénégal ne démontre pas en quoi un excès de pouvoir des arbitres serait constitutif d'une violation manifeste, effective et concrète de l'ordre public international.

SUR CE,

103-II résulte de l'article 1520, 5° du code de procédure civile que le recours en annulation est ouvert si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international.

104-L'ordre public international au regard duquel s'effectue le contrôle du juge de l'annulation s'entend de la conception qu'en a l'ordre juridique français, c'est-à-dire des valeurs et des principes dont celui-ci ne saurait souffrir la méconnaissance même dans un contexte international.

105-Le contrôle exercé par le juge de l'annulation pour la défense de l'ordre public international s'attache seulement à examiner si l'exécution des dispositions prises par le tribunal arbitral heurte de manière manifeste, effective et concrète les principes et valeurs compris dans l'ordre public international.

Sur le grief tiré de ce que la sentence donnerait effet à un investissement illégal ;

106-II convient de rappeler que la sentence en l'espèce a pour effet de condamner la République du Sénégal à payer à M. Aboukhalil diverses sommes correspondant d'une part, au montant de l'amende (majorée des intérêts civils) prononcée à l'encontre de M. Aboukhalil par la CREI au titre du préjudice causé par la menace de recouvrement de cette amende, et d'autre part, au montant du préjudice causé par l'atteinte à son investissement (correspondant à la valeur de ses participations directes ou indirectes dans la société Hardstand et les SCP) et au titre d'un préjudice moral, le Tribunal arbitral ayant considéré que la République du Sénégal avait violé l'engagement de traitement juste et équitable pris aux termes de l'article 4 du TBI et violé l'engagement de ne pas exproprier de manière illicite l'investisseur qu'elle a pris aux termes de l'article 6.2 du TBI.

107-Ainsi, le tribunal a considéré que *« la décision de la CREI a été rendue au terme d'un processus reposant sur une violation flagrante des exigences du procès équitable. Le demandeur a été jugé et condamné malgré son état de santé et son incapacité à assister à son procès, alors que ses conseils étaient absents pendant une grande partie des débats, spécialement ceux qui ont été consacrés aux preuves. A aucun moment le demandeur n'avait pourtant renoncé à son droit de comparaître ni à celui d'être assisté d'un avocat. Ces actes participent à un déni de justice procédural »* (§ 416).

108-II relève ainsi que *« la défenderesse a infligé à l'investisseur un traitement inhumain et dégradant, participant d'un déni de justice procédural contrairement aux exigences internationales d'un procès juste et équitable »* (§444).

109-II convient de rappeler qu'il appartient à la cour, dans le cadre de son contrôle, de vérifier que la reconnaissance ou l'exécution de cette sentence en France ne peut avoir pour effet de faire bénéficier M. Aboukhalil du produit d'une activité de corruption ou de blanchiment, dont l'investissement protégée aurait été l'instrument et/ou le produit.

110-Sur ce point, il convient de relever que le tribunal arbitral s'est précisément penché sur cette question pour en réfuter la pertinence.

111-II ressort ainsi de la sentence rendue le 24 octobre 2019 que le tribunal arbitral a, d'une part, considéré que l'illégalité de l'investissement allégué par M. Aboukhalil par son but (§ 232 à 239) et à raison des modalités de sa réalisation (§ 240 à 268) n'était pas prouvée et, d'autre part, rejeté l'exception d'irrecevabilité tirée de la violation d'une règle d'ordre public transnational dans ses paragraphes 300 et suivants.

112-A cet égard, le Tribunal arbitral a relevé que :

- *« en dépit de la variété des infractions évoquées, la preuve que les espèces employées par le Demandeur pour financer le Projet Eden Roc, dont la remise sur le compte bancaire de Hardstand a fait l'objet de reçus réguliers, proviennent d'une infraction n'est pas rapportée par la Défenderesse, ne serait-ce que par des indices pertinents » (§ 260) ;*
- *la République du Sénégal « n'apporte pas la preuve qui lui incombe, ni de la commission d'infractions par l'une ou l'autre société du groupe Aboukhalil ou au détriment de celle-ci, ni de l'origine frauduleuse des sommes figurant sur le compte jointe de MM. Aboukhalil, et qui ont été virées au compte de la société Hardstand » (§ 264).*

113-II convient de relever par ailleurs, comme l'a rappelé le tribunal arbitral, que les autorités sénégalaises n'ont pas poursuivi M. Aboukhalil pour de telles infractions financières.

114-Ainsi, le tribunal a pu relever que *« Au demeurant, les autorités judiciaires sénégalaises, averties de tous ces éléments dans le cadre de l'instruction menée par la Commission d'instruction de la CREI, et notamment par les rapports produits par les experts désignés par celle-ci, n'ont pas jugé nécessaire de déclencher la moindre poursuite contre le Demandeur du chef de l'une quelconque de ces prétendues infractions financières de droit commun. Le représentant du Sénégal à l'audience a reconnu qu'aucune poursuite n'avait été engagée, ce qui est pour le moins surprenant en présence de ce que le Sénégal présente aujourd'hui comme un 'florilège' d'infractions financières. Pas davantage la Défenderesse n'établit-elle avoir porté, par ses administrations compétentes, à la connaissance de la cellule nationale de traitement des informations financières (CENTIF), organisme spécialisé dans la lutte contre le blanchiment de capitaux, les opérations de M. Aboukhalil suspectées de constituer cette infraction, du fait notamment de l'utilisation massive d'espèce » (§ 264).*

115-A cet égard, lors de l'audience qui s'est tenue le 26 novembre 2018, l'agent judiciaire de la République du Sénégal a reconnu que s'agissant du délit de corruption qui a été reproché à M. Wade ainsi que de la complicité de corruption qui a été reprochée à M. Aboukhalil, ceux-ci en avaient été relaxés et qu'il s'agissait d'un *« un fait objectivement indiscutable »* (lignes 7 à 12 de la p. 77).

116-De même, il n'est pas contesté que la plainte déposée le 27 novembre 2012 par la République du Sénégal à l'encontre de M. Karim Wade et notamment M. Aboukhalil auprès du Procureur national financier en France du chef de recel de détournements de fonds publics, recel d'abus de biens sociaux, recel d'abus de confiance, recel de corruption, corruption d'agents publics et de personnes privées, blanchiment aggravé commis en bande organisé du produit d'infractions pénales a été également classée sans suite.

117-Enfin, il convient de relever que si les faits reprochés à M. Aboukhalil ont donné lieu à sa condamnation par la CREI, pour complicité d'enrichissement illicite au sens de la loi sénégalaise et que celle-ci a ordonné des mesures de confiscation à son encontre, la demande d'exécution de ces mesures en France a été rejetée par le tribunal correctionnel de Paris par jugement du 26 septembre 2016, confirmé par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 14 mars 2018 sur le fondement de l'article 713-37 du code de procédure pénale qui prévoit qu'une demande d'exécution en France peut être refusée lorsque les faits ne sont pas constitutifs d'une infraction selon la loi française.

118-Ces juridictions ont statué ainsi après avoir constaté que l'infraction d'enrichissement illicite n'existait pas en droit français et considéré, après un examen in concreto, que les faits reprochés ne pouvaient pas recevoir une autre qualification pénale en droit français et notamment ne pouvaient être assimilés aux délits de corruption, de trafic d'influence, de prise illégale d'intérêts ou détournements de fonds, et même de blanchiment.

119-Ainsi, il ressort de ces éléments précis et concordants d'une part, que bien que des poursuites pénales ont été engagées contre lui, M. Aboukhalil n'a pas été reconnu coupable de corruption et/ou de blanchiment à l'occasion des investissements qu'il a réalisés au Sénégal et d'autre part, que les juridictions françaises ont refusé l'exécution en France des mesures de confiscations prononcées contre ce dernier au titre de sa condamnation pour complicité d'enrichissement illicite, faute pour la France de connaître une telle infraction pénale et pour les faits litigieux d'être susceptibles de recevoir une autre qualification pénale en France.

120-Ce faisant, la sentence, dont l'effet est de sanctionner le non-respect par la République du Sénégal de son engagement international visant à assurer un traitement juste et équitable à l'investissement de M. Aboukhalil et de réparer le préjudice subi par ce dernier du fait de cette violation, ne viole pas de manière manifeste effective et concrète l'ordre public international, sans qu'il soit nécessaire de reprendre un à un les indices alléguées par la République du Sénégal qui seraient de nature à conduire le juge de l'annulation à procéder à une nouvelle instruction pénale des faits qui ont été reprochés à l'intéressé et qui ont donné lieu à la décision de la CREI.

121-Ce moyen sera en conséquence rejeté.

Sur le grief tiré de la reconnaissance d'un déni de justice substantiel par le tribunal arbitral ;

122-En substance, la République du Sénégal reproche au tribunal arbitral d'avoir, en effectuant un contrôle de la motivation des décisions de la CREI et de la cour suprême, outrepassé ses pouvoirs en se comportant comme une véritable juridiction d'appel des décisions de justice internes à l'État du Sénégal et, ce faisant, en portant atteinte à sa souveraineté.

123-Cependant, sous couvert de l'ordre public international, la République du Sénégal critique en réalité ainsi les motifs par lesquels le tribunal arbitral a considéré qu'une décision de justice pouvait constituer un déni de justice « *non seulement lorsque les garanties essentielles d'un procès équitable ont été refusées à l'investisseur, mais encore lorsque la décision porte elle-même clairement le discrédit sur la juridiction qui l'a rendue (déni de justice substantiel)* » (§478).

124-Ce grief est donc impropre à emporter l'annulation de la sentence et ce d'autant que d'une part, il ressort expressément de la sentence que l'examen par le tribunal arbitral d'un déni de justice substantiel l'a été à « titre surabondant », le tribunal ayant pris soin de préciser que le déni de justice procédural ayant été caractérisé, c'était « *donc à titre surabondant [qu'il] va examiner à présent les imputations du demandeur relatives au déni de justice substantiel* » (§ 452).

125-D'autre part, le tribunal arbitral s'est attaché à bien délimiter son appréciation en précisant qu'il « ne saurait se comporter en juridiction d'appel ou de cassation de la décision et substituer sa propre appréciation des faits et des règles applicables à celle du jugement interne » et en s'attachant à préciser que « son contrôle s'exercera sur la motivation des décisions de la CREI et de la cour suprême, laquelle ne doit être ni sommaire, ni obscure, ni manifestement erronée, ni inacceptable. Dans le cas contraire, la décision judiciaire serait considérée comme constitutive d'un déni de justice, étant rappelé que, pour atteindre ce seuil, une décision judiciaire doit manifester un caractère fondamentalement injuste ou inique » (§ 478) et ajoutant s'agissant du contrôle de la motivation, qu'il doit « seulement vérifier que celle qu'ont portée les juridictions sénégalaises n'est pas manifestement entachée d'arbitraire, en examinant la motivation de leurs décisions » (§479).

126-En l'état de ces éléments, ce grief sera rejeté.

Sur le grief tiré de l'ingérence dans le système judiciaire sénégalais ;

127-La République du Sénégal reproche en substance au tribunal arbitral son ordonnance de procédure n°1 du 13 avril 2016 aux termes de laquelle il lui a fait injonction de prendre toutes mesures sous 21 jours afin que M. Aboukhalil soit autorisé à quitter le territoire sénégalais pour se rendre en France et y recevoir des soins.

128-Cependant, d'une part, cette ordonnance n'a fait l'objet d'aucun recours de la part de la République du Sénégal.

129-D'autre part, il résulte de la sentence que si M. Aboukhalil a pu se rendre en France pour se faire soigner, c'est à la suite, non de l'ordonnance précitée, mais plus précisément d'une décision prise par le juge de l'application des peines de la République du Sénégal qui le 31 mai 2016 l'a autorisé à quitter le territoire et a ordonné la restitution de son passeport.

130-En l'état de ces éléments, aucune violation manifeste, effective et concrète d'une règle relevant de l'ordre public international n'est caractérisée.

131-Ce grief sera en conséquence rejeté.

2-Sur les demandes tendant à l'annulation partielle de la sentence arbitrale

2-1 Sur l'incompétence du tribunal arbitral pour ordonner l'indemnisation de la perte d'un investissement réalisé par le biais des sociétés de droit panaméen (article 1520, 1° du Code de procédure civile)

132-La République du Sénégal considère que l'affirmation consistant pour le Tribunal arbitral à estimer que l'investissement lié à la participation dans les SCP de droit sénégalais relève bien de sa compétence *ratione materiae* va au-delà des termes du TBI. Elle estime que seule la participation directe ou indirecte de M. Aboukhalil – à supposer que l'on puisse le qualifier d'investisseur français – dans une société constituée sur le territoire sénégalais peut être qualifiée d'investissement protégé au titre du TBI. La République du Sénégal soutient que l'investissement, réalisé par le biais des sociétés panaméennes, ne répond pas à la définition de l'investissement prévue à l'article 1.1.b) du TBI de sorte que le tribunal arbitral n'est pas compétent *ratione materiae*.

133-Elle conteste ainsi la somme de 8.318.385 euros allouée par le tribunal arbitral à M. Aboukhalil au titre de l'indemnisation de la perte de son investissement via ses participations indirectes dans les SCP de droit sénégalais.

134-Elle considère que le Tribunal a en réalité indemnisé une détention à 100% de ces sociétés par M. Aboukhalil tandis qu'il n'est directement actionnaire de celles-ci qu'à

hauteur de 2% et que la somme qui aurait dû être effectivement allouée à M. Aboukhalil équivaut donc en réalité à 2% de 8.318.385 euros, soit 166.367,70 euros.

135-En réponse, M. Aboukhalil conclut à la compétence *ratione materiae* du tribunal arbitral pour ordonner une telle indemnisation en rappelant qu'il détient à 100% les sociétés panaméennes détenant les SCP de droit sénégalais et que la définition de l'investissement dans l'article 1.1.b du TBI vise les participations indirectes.

SUR CE,

136-Selon l'article 1520, 1°, du code de procédure civile, le recours en annulation est ouvert si le tribunal s'est déclaré à tort compétent ou incompétent.

137-Dans le cadre d'un recours en annulation fondé sur l'article 1520, 1° du code de procédure civile, il appartient au juge de l'annulation de contrôler la décision du tribunal arbitral sur sa compétence, qu'il se soit déclaré compétent ou incompétent, en recherchant tous les éléments de droit ou de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage.

138-Cependant, d'une part, s'agissant de la compétence *ratione materiae*, au regard de la définition donnée par l'article 1.1 du TBI qui couvre « *tous avoirs, [...] biens, droits et intérêts de toutes natures* », et comprend « *les actions, primes d'émission et autres formes de participation, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes* », le tribunal arbitral était bien compétent pour statuer.

139-Ainsi, le tribunal arbitral a pu considérer que « *les opérations économiques conduites par M. Aboukhalil au Sénégal satisfont aux critères de définition de l'investissement posés par cette disposition (...). Le Projet Eden Roc a été réalisé via des véhicules locaux d'investissement, à savoir la société HARDSTAND et les trois SCP de droit sénégalais BLUE INFINITY HOLDINGS, CAP OUEST SCP et BLUE HORIZON HOLDINGS, dont le Demandeur détient directement des actions et/ou, s'agissant des SCP, le contrôle au travers des Holdings panaméennes, soit les sociétés BLUE INFINITY HOLDINGS SA, CAP OUEST HOLDINGS SA et BLUE HORIZON HOLDINGS SA. Cette structuration de l'investissement est autorisée par le TBI qui, à son article 1.1b), considère qu'entrent dans le champ de sa protection les actions et autres formes de participations, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire des Etats contractants* » (§ 192 de la sentence).

140-Il est en outre établi que M. Aboukhalil détient directement 2% du capital des SCP et que ces SCP sont détenues à 98 % par les sociétés panaméennes précitées, appartenant elles-mêmes à 100% au premier.

141-Ainsi, il entrait dans la compétence du tribunal arbitral de prononcer l'indemnisation à raison des participations indirectes de M. Aboukhalil dans les SCP de droit sénégalais.

142-D'autre part, en l'espèce, le tribunal arbitral a considéré que « *le préjudice économique subi par le Demandeur en raison de la perte de son investissement s'identifie à la valeur de ses participations directes ou indirectes dans HARDSTAND et les SCP, à l'exclusion des autres chefs de préjudice réclamés* » (§ 628) et que l'investissement de M. Aboukhalil consistait en « *une participation de 49,96% dans HARDSTAND, une participation de 100% dans les SCP BLUE INFINITY et BLUE HORIZON et de 99% dans la SCP CAP OUEST* » (§ 658).

143-Ainsi, la critique portant sur l'évaluation du préjudice de M. Aboukhalil par le tribunal du fait de sa participation via des sociétés de droit panaméennes dans des SCP de droit sénégalais, relève d'une appréciation au fond du tribunal dont le contrôle échappe au juge de l'annulation.

144-Ce moyen sera en conséquence rejeté.

2-2 Sur la méconnaissance par le tribunal arbitral de sa mission à raison de la référence à la Convention européenne des droits de l'Homme (article 1520, 3° du Code de procédure civile)

145-La République du Sénégal reproche au tribunal arbitral d'avoir appliqué la Convention européenne des droits de l'Homme dans l'examen de la demande tirée de la violation du traitement juste et équitable alors que le Sénégal n'est pas partie à ce traité, ce qui constitue une méconnaissance de sa mission en vertu de l'article 1520, 3° du Code de procédure civile.

146-Elle soutient que la référence aux « principes du droit international » par l'article 4 du TBI ne saurait être entendue comme le consentement d'un État d'être lié par n'importe lequel des centaines de traités internationaux en vigueur, mais simplement comme l'acceptation par l'État que la régularité de sa conduite sur la scène internationale soit examinée par référence aux grands principes de droit international coutumier.

147-En réponse, M. Aboukhalil explique que la Convention européenne des droits de l'Homme a été prise en considération par le tribunal arbitral parmi d'autres sources de droit international, au titre de son interprétation du standard de traitement juste et équitable au sens du TBI, sans que le tribunal arbitral ne fasse d'application directe de ladite convention au présent litige.

SUR CE,

148-Selon l'article 1520, 3°, du code de procédure civile, le recours en annulation est ouvert si le tribunal a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confié.

149-En l'espèce, l'article 4 al. 1^{er} du TBI stipule que « *Chacune des parties contractantes s'engage à assurer, sur son territoire et dans sa zone maritime un traitement juste et équitable, conformément aux principes du droit international, aux investissements des investisseurs de l'autre partie et à faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit, ni en fait* ».

150-Il rentrait donc dans la mission du tribunal arbitral d'apprécier le respect de l'engagement de la République du Sénégal d'assurer un traitement juste et équitable à M. Aboukhalil, et ce « *conformément aux principes du droit international* ».

151-En l'espèce, il n'est pas contesté que le tribunal arbitral fait parfois référence à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (ci-après la ConvEDH) dans sa sentence.

152-Ainsi, au paragraphe 412 de sa sentence, pour considérer que « *le droit de comparution personnelle est une composante essentielle du droit à un procès équitable reconnu par divers instruments internationaux* », le tribunal arbitral cite « *notamment l'article 14.3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et l'article 7.1 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* ». Il ajoute que « *La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu que ce droit inclut le droit d'être présent à l'audience et d'entendre et de suivre les débats* ».

153-De même, au paragraphe 414 de sa sentence, le tribunal arbitral rappelle que « *Lorsque la Cour européenne des droits de l'homme a décidé qu'il n'y avait pas violation de l'article 6.3(c) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales quand l'absence d'avocat résultait « du choix libre et volontaire » du prévenu, il s'agissait précisément d'une situation où le prévenu avait expressément refusé de se faire assister par un avocat* ».

154-En outre, au paragraphe 439 de sa sentence, le tribunal expose que « *La prohibition des traitements inhumains et dégradants est affirmée par divers instruments internationaux tels que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (articles 5 et 7), la Déclaration universelle des droits de l'homme (article 5), la Convention européenne des droits de l'homme (article 3) et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (articles 7 et 10.1).* ».

155-Enfin, dans son paragraphe 442, le tribunal explique qu'il « *accepte qu'en référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, l'article 3 de la CEDH ne s'analyse pas en une « obligation générale de libérer un détenu pour motifs de santé » et que les « soins dispensés en milieu carcéral doivent être appropriés (...), c'est-à-dire d'un niveau comparable à celui que les autorités de l'Etat se sont engagées à fournir à l'ensemble de la population » sans que cela implique « que soit garanti à tout détenu le même niveau de soins médicaux que celui des meilleurs établissements de santé extérieurs au milieu carcéral ».*

156-Cependant, ces références sont purement illustratives et sont accompagnées d'un renvoi à d'autres instruments internationaux ne permettant pas de conclure que le tribunal a tranché le litige en faisant application de ConvEDH en méconnaissance de sa mission.

157-Il ressort au contraire de la sentence que le tribunal s'est conformé à cette mission puisque pour décider que M. Aboukhalil avait été victime d'un déni de justice procédural de la part des autorités sénégalaises, le tribunal a considéré « *qu'il a été porté gravement et clairement atteinte aux droits de la défense internationalement reconnus dont il pouvait bénéficier par la négation: (1) de son droit à comparaître devant ses juges et à participer à son procès, (2) de son droit à l'assistance d'un avocat, (3) des garanties fondamentales de composition régulière des juridictions et (4) par l'application à sa personne de traitements inhumains et dégradants ».*

158-C'est ainsi que le tribunal a considéré que la République du Sénégal avait « *violé les engagements qu'elle a pris aux termes de l'article 4 du TBI en ne respectant pas les principes de droit international applicables à la protection judiciaire dont doit jouir un investisseur au titre du traitement juste et équitable » (§ 452).*

159-Il ressort de ces paragraphes que c'est bien par référence aux « *droits de la défense internationalement reconnus* » et à l'engagement tiré de l'article 4 du TBI que la République du Sénégal a été condamnée, et non comme cette dernière le soutient en application des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (ci-après la ConvEDH).

160-Au demeurant, il ressort de la sentence que la question du champ de la référence aux « *principes du droit international* » pour apprécier le standard du traitement juste et équitable a été « *abondamment débattu* » par les parties, la République du Sénégal soutenant que le standard du traitement juste et équitable devait se limiter au standard minimum reconnu par la coutume internationale tandis que M. Aboukhalil soutenait que ce standard devait être recherché non seulement dans la coutume internationale mais au-delà dans les principes du droit international (§360).

161-Le tribunal a fait le choix de ne pas trancher cette question ayant constaté que dans le standard minimum reconnu par la République du Sénégal figurent notamment « *l'interdiction du déni de justice, celle des mesures arbitraires ou discriminatoires et le respect de la bonne foi et des procédures légales* » (§ 362) et que ce sont précisément ces règles que M. Aboukhalil reprochait à la République du Sénégal d'avoir enfreint.

162-De même, bien que non directement applicable au présent litige, la ConvEDH et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme contribuent à l'émergence des standards de protection en droit international et participent ainsi à l'élaboration des principes du droit international auxquels fait référence le TBI précité. Le fait que la République du Sénégal n'ait pas ratifié la ConvEDH n'interdisait donc pas au tribunal arbitral de faire référence à ce texte dans sa sentence pour se livrer à une appréciation du

contenu du standard du traitement juste et équitable à la lumière des principes du droit international, voire même à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dès lors qu'il ne s'appuie pas précisément et exclusivement sur ce texte pour caractériser la violation de l'engagement pris par la RS, mais uniquement sur les « principes du droit international » et l'article 4 du TBI.

163-En l'état de ces éléments, le moyen n'est pas fondé et sera rejeté.

2-3 Sur la violation du principe de la contradiction et de la mission tiré du défaut de qualification de la nature du préjudice subi par M. Aboukhalil (article 1520, 3° et 4° du Code de procédure civile)

164-La République du Sénégal estime que le tribunal arbitral a méconnu sa mission ainsi que le principe du contradictoire en retenant l'existence d'un dommage pour M. Aboukhalil sans qualifier la nature du préjudice qu'il aurait subi. Elle précise que la qualification juridique du préjudice détermine l'évaluation pécuniaire qu'il convient d'en faire et le calcul de l'indemnisation qui s'imposera pour réparer ce dommage. Elle estime qu'elle aurait dû pouvoir faire valoir ces observations à ce sujet, ce dont elle s'est trouvée privée du fait de l'absence de recherche de qualification du dommage consacré par le Tribunal.

165-En réponse, M. Aboukhalil fait valoir que le tribunal arbitral a bien fondé l'octroi de la réparation sur le fait internationalement illicite du Sénégal découlant de son manquement au traitement juste et équitable engendré par l'arrêt de la CREI, conformément à la demande présentée par M. Aboukhalil, et que l'appréciation de la qualification du préjudice subi ne relève pas de la compétence du juge de l'annulation.

SUR CE,

Sur le non-respect de sa mission par le tribunal arbitral ;

166-La mission des arbitres, définie par la convention d'arbitrage, est délimitée principalement par l'objet du litige, tel qu'il est déterminé par les prétentions des parties sans s'attacher uniquement à l'énoncé des questions dans l'acte de mission.

167-En l'espèce, il n'est pas contesté que M. Aboukhalil a notamment demandé au tribunal arbitral de faire injonction à la République du Sénégal de ne pas recouvrer le montant de l'amende et des intérêts civils auxquels la CREI l'a condamné et, subsidiairement, de condamner la République du Sénégal à lui verser « *la somme de 225.989.029,65 € en réparation du préjudice moral résultant de l'amende disproportionnée et des intérêts civils prononcés par l'arrêt de la CREI et, à défaut, de lui payer ladite somme en réparation du préjudice découlant de la perte d'opportunités subis du fait de l'amende et des intérêts civils précités* » (§594).

168-Si le tribunal arbitral a rejeté la demande d'injonction sollicitée, il a considéré que la menace de recouvrement de la condamnation par la CREI « *constitue un dommage actuel, indépendamment de la perte pécuniaire que constituerait son recouvrement effectif* » (§ 610) et que ce « *dommage a pour cause la condamnation prononcée par la CREI, laquelle constitue un déni de justice, c'est-à-dire un acte illicite de l'Etat contraire aux engagements que celui-ci a pris aux termes de l'article 4 du TBI. Il appartient au Tribunal arbitral d'ordonner la réparation de ce dommage, étant entendu qu'un Tribunal arbitral constitué en application du TBI ne saurait s'immiscer dans l'exercice par l'Etat de sa souveraineté* » (§ 611).

169-Le tribunal ajoute que « *la réparation la plus adéquate du dommage causé par la menace de recouvrement de l'amende et des intérêts civils consiste à faire disparaître celle-ci. (...) La réparation consiste donc à allouer à l'investisseur une créance contre l'Etat, lui permettant de compenser les conséquences de l'exécution de la décision de justice, si elle devait intervenir* » (§ 612) et a ainsi condamné la République du Sénégal à verser à M.

Aboukhalil le montant de l'amende et des intérêts civils, soit 225.323.411,32 euros et dit que cette condamnation était suspendue à l'exercice par les autorités sénégalaises du recouvrement de la condamnation prononcée par la CREI (§ 613).

170-Ce faisant, le tribunal arbitral a statué dans le cadre des demandes formées par M. Aboukhalil à titre subsidiaire et le seul fait que le tribunal arbitral n'ait pas qualifié expressément ce dommage, ne constitue pas une méconnaissance de sa mission.

171-Ce grief sera en conséquence rejeté.

Sur le non-respect du principe de la contradiction ;

172-Il résulte de l'article 1520, 4° du code de procédure civile que le recours en annulation est ouvert si le principe de la contradiction n'a pas été respecté.

173-Le principe de la contradiction exige seulement que les parties aient pu faire connaître leurs prétentions de fait et de droit et discuter celles de leur adversaire de telle sorte que rien de ce qui a servi à fonder la décision des arbitres n'ait échappé à leur débat contradictoire.

174-Il n'est pas contesté que la demande subsidiaire de M. Aboukhalil était dans les débats de sorte que la République du Sénégal pouvait y répondre et a pu faire valoir ses arguments étant observé que le tribunal arbitral ne s'est livré à aucune substitution d'office de fondement de préjudice pour statuer sur cette demande.

175-Ce grief sera en conséquence rejeté.

176-Il ressort de ces éléments que la sentence n'encourt pas davantage une annulation partielle de sorte que la demande relative à la répartition définitive des frais de l'arbitrage sera également rejetée.

Sur les frais et dépens ;

177-Il y a lieu de condamner la République du Sénégal, partie perdante, aux dépens.

178-En outre, elle doit être condamnée à verser à M. Ibrahim Aboukhalil, qui a dû exposer des frais irrépétibles pour faire valoir ses droits, une indemnité au titre de l'article 700 du code de procédure civile qu'il est équitable de fixer à la somme de 150 000 euros.

IV/ DISPOSITIF

Par ces motifs, la cour :

1-Rejette le recours en annulation formé par la République du Sénégal à l'encontre de la sentence prononcée sous l'égide de la CNUDCI le 24 octobre 2019 ;

2-Condamne la République du Sénégal à payer à M. Ibrahim Aboukhalil la somme de 150 000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ainsi qu'aux dépens.

La greffière

Le Président

Najma EL FARISSI

François ANCEL