

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT  
DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS

DANS LA PROCÉDURE ENTRE

TOGO ELECTRICITÉ  
ET  
GDF SUEZ ENERGIE SERVICES  
(Demanderesse)

CONTRE  
LA RÉPUBLIQUE TOGOLAISE  
(Défenderesse)

Affaire No. ARB/06/07

---

SENTENCE ARBITRALE

---

Membres du Tribunal

Dr. Ahmed S. El-Kosheri (Président)  
Maître Marc Grüniger (Arbitre)  
L'Honorable Marc Lalonde (Arbitre)

Secrétaire du Tribunal

Mme Eloïse Obadia

Conseil de Togo Electricité

Maître Thierry Lauriol  
Cabinet Jeantet et Associés  
87, avenue Kléber  
75784 Paris Cedex 16  
France

Conseils de GDF Suez Énergie  
Services

Professeur Ibrahim Fadlallah  
Et Maître Christine Baude-Tuxidor  
61, rue la Boétie  
75008 Paris  
France

Conseils de la Défenderesse

Maître Eric Sossah  
178 Cold Spring Street  
New Haven, CT 06511  
USA  
Et Maître Amélie Bulté  
26, rue des Petits Champs  
75002 Paris  
France

Date d'envoi aux parties : 10 août 2010

## TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION .....	3
II.	PROCÉDURE .....	4
III.	EXPOSÉ DES FAITS .....	9
IV.	POSITION DES PARTIES.....	13
1.	Parties Demandereses .....	13
1.1	L'exécution de la Concession.....	13
1.2	Demandes de Togo Electricité .....	19
1.3	Demandes de GDF SES .....	24
2.	Partie Défenderesse.....	25
2.1	Sur l'exécution de la Convention.....	25
2.2	Sur la résiliation .....	27
2.3	Les demandes de Togo Electricité sont irrecevables .....	28
2.4	Les demandes de GDF SES sont irrecevables .....	30
2.5	Demande Reconventionnelle de la Défenderesse.....	30
2.6	Demandes de la République Togolaise .....	31
V.	ANALYSE DU TRIBUNAL .....	31
1.	Compétence du Tribunal .....	32
2.	En particulier, la compétence matérielle du tribunal .....	33
3.	La Convention de Concession .....	33
4.	Le droit applicable .....	34
5.	La nature juridique de la Convention de Concession .....	35
6.	Les implications de ce régime juridique particulier .....	37
7.	Serait-il juridiquement permissible d'accorder des indemnités au-delà de celles explicitement mentionnées dans le contrat ? .....	42
8.	Les implications pratiques du postulat selon lequel la base juridique de la résiliation dans le contexte de l'affaire pendante ne peut-être que contractuelle en vertu de l'article 57 de la Concession .....	47
9.	Les effets juridiques et financiers de la résiliation qui a mis fin à la Concession .....	59
9.1	Indemnités contractuelles.....	61
9.2.	Solde des comptes bancaires de Togo Electricité au 22 février 2006.....	62
9.3	Autres droits patrimoniaux devenus exigibles à cause de la résiliation du 22 février 2006 et mesures prises par les autorités togolaises par la suite .....	62
10.	Les sommes réclamées comme indemnités par la société-mère GDF SES en tant qu'actionnaire de la presque totalité de Togo Electricité .....	68
11.	La demande reconventionnelle de la Défenderesse.....	69
12.	Intérêts et devise .....	69
VI.	FRAIS DE L'ARBITRAGE .....	70
VII.	DISPOSITIF .....	72

## I. INTRODUCTION

1. Le présent litige oppose deux parties Demanderesses, Togo Electricité (ci-après « Demanderesse No. 1 » ou « le Concessionnaire ») et GDF Suez Energie Services (ci-après « Demanderesse No. 2 » ou « GDF SES » ou « SES ») d'une part, et la République Togolaise (ci-après « le Togo », « l'Etat » ou « le Concédant »), Défenderesse, d'autre part.
2. La Demanderesse No. 1 est une société anonyme de droit togolais, dont le siège est à Lomé, détenue majoritairement par la société par actions simplifiée Togolaise d'investissement SAS (immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Nanterre, France), elle-même filiale à 100% de la société française Elyo (renommée GDF Suez Energie Services). La Demanderesse No. 1 est en liquidation amiable depuis le 21 février 2006. Par ordonnance du Tribunal de Lomé en date du 4 février 2009, la durée du mandat du liquidateur amiable de Togo Electricité, et partant le délai de la liquidation amiable, ont été prorogés jusqu'au 21 février 2011. La Demanderesse No. 1 est représentée dans cette affaire par son liquidateur amiable Me Ahlin Komlan et Me Thierry Lauriol.
3. La Demanderesse No. 2, société anonyme de droit français (immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Nanterre, France), a été jointe à la procédure en cours d'instance dans les conditions exposées dans la partie Procédure ci-dessous. La Demanderesse No. 2 est représentée dans cette affaire par M. Michel Caillard de GDF Suez Energie Services, le Professeur Ibrahim Fadlallah et Me Christine Baude-TeXidor.
4. La Défenderesse, la République Togolaise, est représentée dans cette affaire par M. le Ministre des Mines, de l'Energie et de l'Eau Dammipi Noupokou, Me Eric E. Sossah et Me Amélie Bulté.
5. Le litige concerne l'exécution et la résiliation d'une Convention de Concession du Service Public National de Distribution et de Vente de l'Energie Electrique signée le 5 septembre 2000 entre Togo Electricité et la République Togolaise (ci-après « la Concession » ou « la Convention de Concession »).

6. L'instance a été introduite par la Demanderesse No. 1 sur le fondement de la Convention de Washington de 1965 pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats (ci-après « la Convention CIRDI ou la Convention de Washington »), ratifiée par la République Togolaise le 11 août 1967 et par la France le 21 août 1967, et de l'article 53 de la Convention de Concession. L'article 53 de la Convention de Concession dispose en partie :

*« 53. Règlement des différends et des litiges*

*53.1 Les Parties feront de leur mieux pour régler à l'amiable les différends qui naîtraient de l'exécution de la Convention de Concession ou de son interprétation.*

*53.2 A défaut de règlement amiable sous trente (30) jours, les différends seront soumis à la procédure de conciliation conformément aux règles du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI.).*

*La conciliation sera diligentée par un conciliateur désigné d'accord parties, ou par un collège de trois conciliateurs désignés selon le règlement de conciliation du CIRDI, la désignation du conciliateur ou du collège de conciliateurs devant intervenir dans un délai de trente (30) jours à compter de la demande de conciliation initiée par la partie ayant soulevé le différend.*

*53.3 Si aucune solution n'est trouvée dans un délai de quatre-vingt dix (90) jours à compter de la date de désignation du conciliateur ou du collège de conciliateurs, les différends seront tranchés définitivement et conformément au règlement d'arbitrage du CIRDI par un collège de trois arbitres nommés conformément à ce règlement.*

*Pour l'application du présent article, en raison du contrôle exercé sur lui par des intérêts étrangers, le Concessionnaire est considéré, par application de l'article 25 de la Convention, comme ressortissant d'un autre Etat contractant. »*

## **II. PROCÉDURE**

7. Le 20 mai 2005, le Secrétaire-général du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après « le CIRDI » ou « le Centre ») enregistrait une requête en conciliation déposée auprès du Centre en date du 16 mars 2005 par Togo

Electricité à l'encontre de la République Togolaise. Cette requête était fondée sur l'article 53.2 de la Convention de Concession mentionné ci-dessus.

8. La Commission de Conciliation constituée pour la cause a pris note de ce que les parties à la procédure de conciliation n'avaient pu parvenir à un accord dans les conditions prévues à l'article 53.3 de la Convention de Concession et a dressé le 6 avril 2006 un procès-verbal de non conciliation.
9. Le 24 mars 2006, en anticipation de l'échec de la Conciliation, Togo Electricité a présenté à l'encontre de la République Togolaise une requête d'arbitrage, accompagnée des pièces D1 à D27. Le 10 avril 2006, la requête d'arbitrage était enregistrée par le Secrétaire-général par intérim du CIRDI. Conformément à l'article 7 du Règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage, cet enregistrement faisant l'objet d'une notification aux parties le même jour.
10. Le Tribunal arbitral a été constitué le 8 septembre 2006 conformément à l'article 37(2)(a) de la Convention de Washington, et l'instance réputée engagée à cette date conformément à l'article 6(1) du Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage du CIRDI (ci-après « le Règlement d'arbitrage »). Ses Membres sont Dr. Ahmed Sadek El-Kosheri, de nationalité égyptienne, nommé par accord des parties, M. Marc Grüninger, de nationalité suisse, nommé par la Demanderesse No. 1, et M. Marc Lalonde, de nationalité canadienne, nommé par la Défenderesse. Par lettre du 8 septembre 2006, le Tribunal et les parties étaient informés que Mme Corinne Clavé avait été désignée comme Secrétaire du Tribunal. Elle fut remplacée le 29 janvier 2007 par Mme Eloïse Obadia.
11. En application de l'article 13 du Règlement d'arbitrage, une première session s'est tenue au siège de la Banque mondiale à Paris le 18 octobre 2006.
12. Par requête aux fins de mesures conservatoires en date du 11 octobre 2006, accompagnée des pièces D28 à D34, Togo Electricité demandait au Tribunal de faire cesser les procédures internes initiées par la Défenderesse en relation avec la Convention de Concession, dont il sera fait mention dans la section « Faits » ci-dessous. A la suite des observations présentées par la Demanderesse No. 1 lors de la première session, la Défenderesse a soumis un Mémoire en date du 2 novembre 2006 relatif aux demandes de

mesures conservatoires (avec pièces R1 à R4, devenues R26 à R29). La Demanderesse No. 1 a ensuite déposé un Mémoire en Réponse en date du 17 novembre 2006 (avec pièces D35 à D47), ainsi que des informations supplémentaires le 30 janvier 2007.

13. Lors de la première session du 18 octobre 2006, la République Togolaise a présenté une demande d'extension de la clause compromissoire à la société SES, demande développée dans son Mémoire du 24 novembre 2006 (avec pièces R6 à R9, devenues R30 à R33), à laquelle Togo Electricité a répondu par un Mémoire du 15 décembre 2006.
14. SES, à qui le Tribunal avait permis que Togo Electricité transmette le Mémoire de la Défenderesse du 24 novembre 2006, a informé le CIRDI le 12 février 2007 qu'elle serait *« disposée à participer à la procédure d'arbitrage pendante devant le CIRDI, à la condition que la République togolaise renonce expressément à toute autre action devant une quelconque juridiction à l'encontre de la société SUEZ ENERGIE SERVICES, présente comme future, qui serait en relation, directement ou indirectement, avec la convention de concession signée entre la République togolaise et la société Togo Electricité »*. Cette demande fut acceptée par la Défenderesse le 16 mars 2007.
15. Par ordonnance en date du 13 avril 2007, le Tribunal constatait que l'échange de lettres des 12 février et 16 mars 2007 constituait l'accord de la société SES et de la République Togolaise de soumettre leur différend au CIRDI en vertu de l'article 25 de la Convention de Washington et ordonnait sous certaines conditions la jonction de la société SES (Demanderesse No. 2) à la procédure d'arbitrage comme co-demanderesse.
16. Le 26 octobre 2007, le Tribunal rendait une ordonnance dans laquelle il ordonnait la jonction de la société SES à la procédure d'arbitrage comme co-demanderesse à compter du 26 octobre 2007. Le Tribunal constatait de plus que la requête aux fins de mesures conservatoires de Togo Electricité et la demande d'extension de la clause compromissoire à la société SES introduite par la République Togolaise étaient devenues sans objet.
17. Le 16 février 2008, le Tribunal tenait une nouvelle session avec les deux Demanderesses et la Défenderesse au cours de laquelle les parties se sont mises d'accord sur un calendrier procédural. SES a également confirmé son accord sur les points non modifiés qui avaient été décidés lors de la première session du 18 octobre 2006.

18. Le 14 mai 2008, Togo Electricité a présenté une requête aux fins de remboursement des frais avancés par la requérante pour le compte de la Défenderesse accompagnée des pièces D48 à D62. Par lettre du 6 août 2008, le Tribunal estimait ne pas être, à ce stade de la procédure, en mesure ni d'ordonner le remboursement des sommes visées par la requête, ni d'ordonner le paiement des astreintes demandées et rejetait par conséquent les demandes contenues dans la requête en remboursement.
19. Les Demanderesses ont chacune soumis un Mémoire distinct sur le fond en date du 2 juin 2008 accompagné des pièces D63 à D194 pour la Demanderesse No. 1 et des pièces DS1 à DS106 pour la Demanderesse No. 2 (ci-après « Mémoire TE » et « Mémoire SES »). La République Togolaise a soumis un Contre-Mémoire en Défense et des Demandes Reconventionnelles en date du 31 octobre 2008 accompagné des pièces R1 à R33 (ci-après « Contre-Mémoire »). Le 9 janvier 2009, la Demanderesse No. 2 a soumis un Mémoire en Réplique accompagné des pièces DS107 à D114 (ci-après « Réponse SES »). Le 12 janvier 2009, la Demanderesse No. 1 a soumis un Mémoire en Réplique accompagné des pièces D195 à D204 (ci-après « Réponse TE »). La Défenderesse a soumis une Réplique et une Réponse sur les Demandes Reconventionnelles le 11 mars 2009 (ci-après « Réplique »). La Défenderesse a soumis le 27 mars 2009 deux déclarations de témoins (pièces R34 et R35). Le 20 avril 2009, chaque Demanderesse a soumis un Mémoire en Réplique sur la Demande Reconventionnelle, accompagné des pièces D205 à D210 pour la Demanderesse No.1 et d'une pièce DS115 pour la Demanderesse No. 2 (ci-après « Réplique sur la demande reconventionnelle »). Lors de l'audience d'audition de témoins et experts, la Demanderesse No. 1 a soumis les pièces D211 et D212 et la Défenderesse a soumis les pièces R36 et R37.
20. Une audience d'audition de témoins et d'experts s'est tenue à Paris du 11 au 14 mai 2009. Etaient présents à cette audience pour la Demanderesse No. 1, Me Ahlin Komlan, Me Thierry Lauriol, Me Sophie da Cunha, et Mme Alice Oncle du cabinet Jeantet Associés ; pour la Demanderesse No. 2, M. Michel Caillard, GDF Suez Energie Services, Professeur Ibrahim Fadlallah, Me Christine Baude-TeXidor et Mme Aurélie Duhamel du cabinet Fadlallah. Etaient présents pour la Défenderesse, M. Etienne Nguessan, Ministère des Mines et de l'Energie, et M. Abdoulaye Abass, Ministère des Mines et de l'Energie, Me Eric

E. Sossah et Me Amélie Bulté. Mme Aurélia Antonietti représentait le CIRDI. Les personnes suivantes ont été entendues par le Tribunal :

Témoins et Expert pour les Demanderesses

M. Boucif Belhachemi  
 M. Bernard Delaboudinière  
 M. Marc Ducommun-Ricoux  
 Me Ahlin Komlan  
 M. Yves Reymond  
 M. Patrick Speth  
 M. Bernard Henquet

Témoins pour la Défenderesse

M. Louis Kpegba  
 M. Dammipi Noupokou

21. Du 29 juin au 1<sup>er</sup> juillet 2009, le Tribunal a tenu une audience sur le fond à Paris. Etaient présents à cette audience pour la Demanderesse No. 1, Me Ahlin Komlan, Me Thierry Lauriol, Me Sophie da Cunha, Me Madalena Callé Lucas et Mme Alice Oncle du cabinet Jeantet Associés ainsi que M. Bernard Delaboudinière ; pour la Demanderesse No. 2, M. Michel Caillard, GDF Suez Energie Services, Professeur Ibrahim Fadlallah, Me Christine Baude-Texidor et Mme Aurélie Duhamel du cabinet Fadlallah. Etaient présents pour la Défenderesse, M. le Ministre des Mines, de l'Energie et de l'Eau Dammipi Noupokou, M. l'Ambassadeur Tchao Sotou Béré, M. Louis Kpegba, M. Etienne Nguessan, Me Eric E. Sossah et Me Amélie Bulté. Mme Aurélia Antonietti représentait le CIRDI.

22. Le 6 novembre 2009, le Tribunal posait par écrit deux questions supplémentaires aux parties, qui y ont répondu le 4 décembre 2009.

23. L'instance a été déclarée close le 14 juin 2010, en application de l'article 38 du Règlement d'arbitrage.

### III. EXPOSÉ DES FAITS

24. Le Tribunal exposera succinctement, ci-après, le contexte factuel à l'origine du présent litige. Dans la mesure utile à la solution de celui-ci, les faits pertinents seront établis plus en détails dans le cadre de la discussion au fond.
25. L'Etat togolais a créé la Compagnie Electrique du Togo (« CEET ») en 1963 afin d'assurer la production électrique à partir de centrales thermiques et hydroélectriques ainsi que le transport et la distribution de l'énergie électrique au Togo. En 1967, le Bénin et le Togo décidèrent de mettre en commun leurs moyens de production de l'énergie électrique en créant une société commune la Communauté Electrique du Bénin (« CEB »), dont l'objet est la production et le transport de l'énergie électrique sur l'ensemble des deux territoires, et qui démarra en 1973. La CEET s'occupait alors de la distribution et production dans les zones isolées. Les achats de la CEB provenaient de la *Volta River Authority* (« VRA ») au Ghana.
26. Fin 1996, la décision fut prise d'amorcer un désengagement progressif de l'Etat et d'envisager la privatisation du service public de distribution de l'énergie électrique sous l'égide de la Banque mondiale dans le cadre du programme intitulé *Fifth Energy Project* (pièce D71).
27. Afin d'accompagner le désengagement de l'Etat, une gestion intérimaire fut mise en place et confiée au cabinet Mazars et Guérard, tandis que la réforme du secteur a été confiée au cabinet Ashurst Morris Crisp.
28. La République Togolaise procéda en septembre 1998 à la mise en concession de la CEET par voie d'appel d'offres international, limité à trois candidats présélectionnés (pièces D5 et DS7). Ces candidats étaient un groupement constitué entre Saur International (France) et la Compagnie Ivoirienne d'Electricité (Côte d'Ivoire), un autre groupement constitué entre Elyo S.A. (Lyonnaise des Eaux – France) et Hydro - Québec International Inc. (Canada), ainsi que la Compagnie Générale des Eaux (Vivendi – France). Un audit technique, financier et comptable fut réalisé par la société Price Waterhouse Coopers (« PWC ») (pièce DS7).
29. La procédure de privatisation fut cependant suspendue et la structure de gestion intérimaire assura la mission de service public en attendant la reprise du processus d'appel d'offres.

Celui-ci reprit en mars 2000, sur la base d'une consultation restreinte avec les trois candidats présélectionnés dans le cadre de la première soumission.

30. Un dossier d'appel d'offres révisé fut remis aux trois candidats en mars 2000 (pièce D6). Il prévoyait deux phases, une offre technique qui devait être remise avant le 28 avril 2000 suivie d'une offre financière à présenter avant le 6 juin 2000.
31. Le 5 mai 2000, le Concédant et les candidats présélectionnés signèrent un projet de Convention de Concession. Après présentation de son offre financière, le groupement Elyo/Hydro - Québec International est devenu adjudicataire le 23 juin 2000. Il est à noter que le groupe canadien a par la suite cédé ses actions dans la Togolaise d'Investissement, société mère de Togo Electricité, à Elyo le 31 août 2001.
32. La société Togo Electricité fût créée en août 2000 conformément au dossier de l'appel d'offres révisé (pièce D27). La Convention de Concession fût signée le 5 septembre 2000 (pièce D8) conformément aux dispositions du dossier d'appel d'offre et de la loi n°2000-012 du 18 juillet 2000 relative au secteur de l'électricité (pièce D4). La Convention de Concession est entrée en vigueur le 4 novembre 2000 (pièce D81) pour une période de 20 ans, et les activités de Togo Electricité débutèrent le 1<sup>er</sup> décembre 2000.
33. Conformément aux termes de la Concession, le 1<sup>er</sup> novembre 2000, un contrat de livraison d'énergie électrique était conclu entre Togo Electricité et la CEB, qui devenait ainsi le fournisseur exclusif d'électricité (pièce D82 et DS14). Togo Electricité concluait aussi avec Elyo un contrat de coopération et de partenariat le 27 mars 2001 (pièce DS20).
34. A la fin du premier exercice clos fin 2001, le bilan des activités de Togo Electricité a fait l'objet d'une évaluation par chacune des parties à la Convention. Comme il sera exposé ci-dessous, les parties s'accordent sur l'existence de dysfonctionnements mais ne s'accordent pas sur leur cause. Pour le moment, le Tribunal s'en tiendra à rappeler dans quelles conditions la Concession a pris fin.
35. A compter de janvier 2003, et pendant plus de deux années, de nombreuses réunions et discussions ont été organisées entre les parties afin d'étudier l'exécution de la Convention de Concession. A cet effet, une étude de l'évaluation de l'exécution de la Convention de

Concession a été réalisée par Emergence Consult en août 2003 (pièces D86 et DS53). Cette étude a été discutée de manière critique en réunion de concertation le 16 septembre 2003 au cours de laquelle le Ministre de l'Energie et des Ressources Hydrauliques et Elyo convenaient que le modèle de coopération ne donnait pas satisfaction (pièce DS54). Une seconde étude d'une nouvelle convention pour la gestion du service public de distribution de l'électricité au Togo fut commandée à Emergence Consult. Cette dernière a rendu un rapport préliminaire en février 2004 recommandant le remplacement de la Convention de Concession par un contrat d'affermage concessif (pièce D83). En réunion de concertation le 30 mars 2004, le Concédant indiquait préférer un modèle de régie intéressée, alors que le Concessionnaire indiquait préférer l'affermage (pièce DS60). Les parties se sont de nouveau rapprochées en vain.

36. Comme déjà indiqué ci-dessus, le 20 mai 2005, le Secrétaire général du CIRDI enregistrait une requête en conciliation fondée sur l'article 53.2 de la Convention de Concession, présentée par Togo Electricité à l'encontre de la Défenderesse.

37. S'appuyant notamment sur le fondement d'une augmentation par la CEB de ses tarifs à concurrence de 16% à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2005 (pièce D14), Togo Electricité adressait au Ministre des Mines, de l'Énergie et de l'Eau, par courrier daté du 5 octobre 2005, une demande de réévaluation en vertu de l'article 57 de la Convention (pièce D15). Par courrier en date du 20 décembre 2005, remis en mains propres le 23 décembre 2005, Togo Electricité entreprenait de résilier unilatéralement la Convention (pièces D16 et DS79). Conformément à l'article 57 de la Convention de Concession, cette résiliation ne pouvait devenir effective qu'à l'issue d'un délai de soixante jours à compter de la remise en mains propres de cette lettre, soit le 22 février 2006.

38. Par lettre du 29 décembre 2005, la Défenderesse considérait la résiliation abusive (pièce D17), puis nulle et non avenue par lettre du 11 janvier 2006 (pièce D18).

39. Du 13 au 16 février 2006, une réunion de concertation se tenait à Paris et débouchait sur un compte rendu exposant les divergences entre les parties (pièces D15 et DS83). A la suite de l'échec de ces négociations, Togo Electricité demandait à la Commission de Conciliation de clore la procédure de conciliation. Le 26 mars 2006, Togo Electricité présentait sa

requête d'arbitrage. Le 6 avril 2006, un procès-verbal de non conciliation était dressé par la Commission de Conciliation.

40. Le 21 février 2006, Togo Electricité faisait remettre au Ministère de l'Energie une lettre indiquant que la résiliation était effective au 22 février 2006 à 0 heure (pièce DS84). Le même jour, les actionnaires de Togo Electricité décidaient une dissolution par anticipation de la société et nommaient Me Ahlin K. Komlan en qualité de liquidateur amiable (pièce DS85).
41. Par décision prise en conseil des Ministres le 22 février 2006, le gouvernement togolais résiliait la Concession pour non-respect par Togo Electricité de ses engagements (Décret n°2000-013/PR - pièce D121). En outre, il était décidé de transférer les actifs du service public de l'électricité à la CEET et de mettre en place des organes provisoires (Décret n°2006-014/PR du 22 février 2006 - pièce D121).
42. Par exploit en date du 14 mars 2006, portant opposition à la dissolution de Togo Electricité, la Défenderesse a attiré Togo Electricité devant le Tribunal de Première Instance de Lomé pour voir la délibération ayant mis Togo Electricité en liquidation déclarée nulle et ordonner à Togo Electricité le remboursement de la somme provisoirement évaluée à 27.794 millions de francs CFA (pièces D35 et DS88). Le 24 janvier 2007, SES était assignée en intervention forcée dans cette procédure (pièce DS92).
43. Le 16 mars 2006, la Défenderesse déposait une requête auprès du Tribunal de première instance de Lomé aux fins d'obtenir une autorisation de saisies conservatoires sur les actifs appartenant à Togo Electricité, saisies autorisées le 20 mars 2006 et effectuées auprès de divers établissements bancaires dans les jours suivants pour un montant d'environ 33 millions de francs CFA (pièces D28, D29 et D131). Ces saisies furent dénoncées à Togo Electricité le 30 mars 2006 (pièce D30). Le 24 mars 2006, il était également procédé à une saisie conservatoire de l'ensemble des biens meubles corporels de Togo Electricité. Cette saisie fut dénoncée à Togo Electricité le 18 avril 2006 (pièce D31).
44. Une action tendant à obtenir un titre exécutoire aux fins de saisie attribution sur les sommes saisies et mentionnées ci-dessus était également initiée le 18 avril 2006 (pièce DS89) et étendue à SES le 23 août 2006 (pièce DS91).

45. Ces saisies furent validées par une ordonnance rendue en référé le 8 mai 2006 par le Président du Tribunal de Première Instance de Lomé. Elles furent contestées en vain par le liquidateur amiable de Togo Electricité (pièces D32 et D38), et un appel fut interjeté le 12 mai 2006. Dans les conditions exposées dans la partie Procédure ci-dessus, et en relation avec la participation de SES dans la présente procédure, le Tribunal de Première Instance de Lomé a constaté le 15 février 2008 le désistement de la Défenderesse et la radiation des procédures judiciaires ci-dessus mentionnées (pièces D136 et DS93).

#### **IV. POSITION DES PARTIES**

46. Dans les paragraphes suivants, les prétentions et positions respectives des parties seront brièvement résumées. Dans la mesure utile à la solution du litige, les faits allégués et les moyens avancés par les parties seront examinés plus en détail dans la suite de la discussion.

##### **1. PARTIES DEMANDERESSES**

###### **1.1 L'exécution de la Concession**

47. De manière générale, Togo Electricité considère que le contexte du secteur de l'électricité qu'avait décrit la Défenderesse dans le cadre de la procédure d'appel d'offres s'est révélé être moins favorable que prévu. Ainsi, les différences notables entre l'environnement juridique, commercial et économique favorable décrit dans les dossiers d'appel d'offres et la réalité difficile rencontrée par Togo Electricité, en raison notamment de la non réalisation des éléments annoncés par l'Etat, ont eu comme conséquence directe de compliquer l'exécution par Togo Electricité de ses obligations contractuelles (Mémoire TE, para. 90). Ces différences ont contribué à bouleverser dans des proportions exceptionnelles et inattendues l'économie et l'équilibre de la Concession. En outre, il est allégué que les autorités n'ont pas pris les mesures de rééquilibrage économique de la Concession en leur pouvoir et ont sciemment accentué ce déséquilibre économique (Mémoire SES, para. 63).

*Différences par rapport au dossier d'appel d'offres*

48. *Crédit IDA* : Le dossier d'appel d'offres révisé faisait mention dans la partie consacrée au programme d'investissement imposé au futur concessionnaire d'un crédit de l'Association Internationale de Développement (ci-après « crédit IDA ») sollicité par le Togo dans le cadre du programme *Fifth Energy Project* et qui devait être partiellement rétrocédé à Togo Electricité. Or, ce crédit n'a pas été obtenu par la Défenderesse. Selon Togo Electricité, l'impact de l'absence du crédit IDA sur ses possibilités d'investissement a été considérable du fait notamment de la limitation de sa rémunération (calculée sur la base des volumes de vente et du nombre de clients - inférieurs aux prévisions) et, par conséquent, de la limitation de sa capacité d'autofinancement pouvant être dédiée à d'autres investissements (Mémoire TE, para. 85). La non-rétrocession de ce prêt a entraîné la disparition d'une source de financement de plus de 8 milliards et demi de francs CFA (id., para.198).
49. Pour compenser cette perte, Togo Electricité a recherché d'autres possibilités de financements auprès d'autres bailleurs de fonds et a obtenu un prêt de 3 milliards de francs CFA de la Banque Ouest Africaine de Développement (« BOAD »). Togo Electricité considère qu'elle a été contrainte par la suite d'annuler ce prêt en raison des difficultés financières imputables à la Défenderesse et des ses agissements (Mémoire TE, paras. 48-5). Elle demande dans la présente procédure le remboursement des commissions d'engagement courues et de l'indemnité de renonciation au prêt BOAD, soit 8.416.667 francs CFA.
50. *Ligne d'interconnexion Nord Togo – Nord Bénin*. Le dossier d'appel d'offres contemplait également la réalisation d'une ligne d'interconnexion Nord Togo – Nord Bénin, qui aurait eu comme conséquence principale pour Togo Electricité une forte baisse du coût d'approvisionnement en énergie électrique dans la partie Nord du pays. En l'absence d'une telle ligne, Togo Electricité était contrainte de produire elle-même l'électricité pour une partie du pays non-interconnecté au réseau de la CEB. Selon Togo Electricité, la réalisation de la ligne Nord Togo – Nord Bénin « conditionnait le paramétrage de calcul de l'engagement contractuel de coût de production propre. Son absence a empêché Togo Electricité de respecter cet engagement et a généré une perte financière importante pour l'entreprise, notamment au travers du calcul de la redevance. » (Mémoire TE, para. 88).

51. *Etat du réseau et insuffisante qualification du personnel.* Pour Togo Electricité, le réseau de distribution, élément essentiel du service public, se trouvait dans un état particulièrement grave de dégradation, ce qui lui avait été caché dans la mesure où au vu des courts délais pour soumissionner à la suite de l'appel d'offres, les candidats n'avaient pas voyagé dans le pays (Mémoire TE, paras. 91-92). En outre, le personnel s'est révélé en grand besoin de formation conduisant Togo Electricité à conclure avec Elyo un contrat de coopération et de partenariat le 27 mars 2001 pour remédier à ces lacunes

*Manquements contractuels du Concédant et autres agissements*

52. *Niveau des recettes.* L'exécution de la Convention a également été source de sérieuses déconvenues pour le Concessionnaire. La Défenderesse se devait d'autoriser « *les niveaux de recettes qu'il juge suffisants* » (article 25.5.1) afin de permettre à Togo Electricité d'atteindre un « *taux de rentabilité raisonnable* » soit pour la première période quinquennale, un taux de rentabilité de référence de 18,5%, ce qui ne fut pas le cas (Mémoire TE, para. 95).

53. *Augmentation des tarifs de la CEB.* La CEB, fournisseur exclusif en électricité de Togo Electricité, détenue et contrôlée pour moitié par l'Etat togolais, a opéré une augmentation importante de ses tarifs de vente d'électricité de 31,5 % à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2001 (Mémoire TE, para. 96). Au mois d'août 2005, une nouvelle augmentation de 16 % était à nouveau décidée (id., para. 99), affectant significativement l'économie de la Convention et se traduisant par des charges supplémentaires et par une nette diminution des recettes. Selon Togo Electricité, les prix de vente de l'électricité pratiqués par la CEB ont été augmentés au final de plus de 53 % par rapport au prix de vente initial (Mémoire TE, para. 99).

54. Selon l'article 28.1 de la Concession, la structure et le montant du prix de vente de l'électricité étaient établis par le Concédant. En outre, l'exploitation du service concédé par le Concessionnaire et la fixation par le Concédant du niveau des tarifs de vente de l'énergie électrique aux consommateurs devaient garantir l'équilibre financier du secteur de l'électricité et du service concédé. Togo Electricité estime que la Défenderesse lui a dicté

une politique tarifaire totalement déséquilibrée. Elle n'a pas voulu dans un premier temps adapter les prix de vente de l'électricité, puis à compter du 2 juin 2002, et suite aux pressions de la Banque mondiale, a autorisé à répercuter mais seulement partiellement (à hauteur de 75%) l'impact des augmentations imposées par la CEB sur les tarifs de vente de Togo Electricité (Mémoire TE, para. 103 ; Mémoire SES, para. 73). Togo Electricité demandait que cette répercussion soit accompagnée de mesures complémentaires permettant de compenser le reliquat de l'augmentation, qui ne furent jamais mises en œuvre (Mémoire TE, para. 106).

55. *Augmentation des tarifs des prix du pétrole.* Par ailleurs, Togo Electricité a également dû faire face à des hausses du prix des produits pétroliers (Mémoire TE, para. 108). A compter du 1<sup>er</sup> décembre 2004, les autorités togolaises décidèrent une augmentation du prix des combustibles, liée à l'inflation substantielle des prix des hydrocarbures sur le marché international, ayant pour conséquence d'accroître le coût d'approvisionnement en gasoil utilisé pour alimenter les centrales de production d'électricité. Selon les dispositions contractuelles, cette augmentation aurait dû être contrebalancée par une baisse de la redevance. Or, en pratique la redevance n'était pas payée effectivement dans la mesure où elle servait à compenser les sommes dues par le Togo au titre des consommations du secteur public comme expliqué ci-dessous (Mémoire TE, para. 108).

56. *Factures impayées.* Dès l'entrée en vigueur de la Convention de Concession, les arriérés de paiement accumulés par le secteur public pour le règlement de ses factures d'énergie électrique auprès de Togo Electricité ont été considérables et ont aggravé le déséquilibre économique. Ces arriérés ont abouti à la signature de plusieurs accords de compensation permettant de solder partiellement ces arriérés de paiement avec les dettes de Togo Electricité envers l'Etat, via la pratique des chèques tournants. Selon Togo Electricité, au jour de la résiliation, et considérant la compensation avec les dettes fiscales de Togo Electricité, les arriérés du secteur public étaient de l'ordre de 3.588.415.997 de francs CFA (soit créance de Togo Electricité de 13.102.659.429 de francs CFA - chèques tournants non apurés de Togo Electricité de 8.566.319.363 de francs CFA - solde des redevances en attente de compensation de 947.924.069 de francs CFA), empêchant Togo Electricité de disposer des liquidités nécessaires à la réalisation des investissements envisagés (Mémoire TE, paras. 117 et 483). Togo Electricité demande le remboursement de ces arriérés dans la présente procédure.

57. *Ingérences dans la gestion de Togo Electricité.* Les autorités togolaises sont intervenues auprès de Togo Electricité à la fin de l'année 2001 et au début de l'année 2002 pour ordonner le rétablissement de l'alimentation de deux grands consommateurs d'électricité (la Régie Nationale des Eaux du Togo et la société Hôtel du 2 Février), suspendue pour cause d'impayés. Ces clients n'ont pas opéré le paiement des nouvelles factures, pas plus que de leurs arriérés. Pour les Demanderesses, cette intervention constitue une immixtion dans la gestion de la Concession (Mémoire TE, para. 112), et a également augmenté de façon artificielle la redevance due par Togo Electricité (id., para. 113).
58. Dépassant le cadre des relations contractuelles, la Défenderesse a usé de son autorité pour mettre certaines dépenses à la charge de Togo Electricité lui faisant supporter des dépenses non prévues par la Convention, comme par exemple fournir des avantages à certains membres du gouvernement qui sont normalement attribués aux seules sociétés d'Etat (Mémoire TE, para. 120). L'Etat togolais s'est également immiscé dans la gestion du Concessionnaire en fixant le salaire de son personnel (et notamment de son Conseiller technique) (Mémoire TE, para. 121).
59. Enfin et plus important, l'Autorité de Réglementation du Secteur de l'Electricité (« ARSE ») créée par l'article 9 de la Loi n°2000-012 du 18 juillet 2000, et tout particulièrement son Directeur général M. Damippi Noupokou (actuel Ministre des Mines, de l'Energie et de l'Eau), a fait preuve d'un zèle excessif et d'une politique de harcèlement vis-à-vis de Togo Electricité. De manière générale, Togo Electricité soutient que l'ARSE a usé et abusé de son pouvoir de contrôle et a exercé une pression permanente sur ses dirigeants et ses différents services (Mémoire TE, paras. 239 à 246).
60. *Redressement fiscal.* Dans les mois qui ont précédé la résiliation, Togo Electricité a fait l'objet d'un contrôle fiscal et d'un redressement de plus de 2 milliards de francs CFA (Mémoire SES, para. 57), mettant Togo Electricité dans une situation difficile (Mémoire TE, para. 119).

*La résiliation justifiée par Togo Electricité*

61. Les actes décrits ci-dessus et l'échec des concertations entre les parties (cf. para. 37 ci-dessus) ont conduit Togo Electricité à résilier de manière anticipée la Convention de Concession en vertu de l'article 57 de la Convention (pièces D16 et DS79), notamment à la suite de la dernière augmentation de tarif de la CEB. Conformément à ce qui avait été prévu à l'article 57 de la Convention, la résiliation prononcée donne lieu au paiement d'indemnités dues à Togo Electricité et qui seront détaillées ci-dessous.

62. Togo Electricité sollicite du Tribunal arbitral qu'il reconnaisse la validité de la résiliation prononcée et qu'il constate la nullité de l'éventuelle résiliation qu'aurait prononcée le Conseil des Ministres togolais le 22 février 2006.

*Non respect de la procédure de résiliation par la Défenderesse*

63. Selon les Demanderesses, la Défenderesse se refuse à reconnaître la validité de la résiliation prononcée par Togo Electricité. De plus, la résiliation prononcée le 22 février 2006 par le gouvernement est non avenue et illégale (Mémoire TE, paras. 293 à 308). Elle n'a eu aucun effet juridique dans la mesure où, au moment où le décret était adopté, dans la matinée du 22 février 2006, la Convention de Concession n'existait plus du fait de la résiliation prononcée par Togo Electricité. Il n'y avait dès lors plus aucune relation contractuelle à résilier (Mémoire TE, para. 293).

64. Si par extraordinaire, l'Etat togolais pouvait imaginer que la Convention de Concession était encore en vigueur et n'était pas résiliée du fait de Togo Electricité, il aurait dû, s'il souhaitait résilier la Convention de Concession, recourir aux mécanismes contractuels, ce qu'il n'a pas fait.

65. En outre, les Demanderesses indiquent que, depuis le 22 février 2006, le liquidateur amiable de Togo Electricité est empêché d'accomplir sa mission et n'a pu effectuer un inventaire de l'actif et du passif de Togo Electricité dans la mesure où il n'a pas accès aux

actifs de Togo Electricité, du fait notamment du blocage des comptes bancaires et de l'impossibilité d'accéder aux locaux de Togo Electricité.

*Violations du droit international*

66. *Spoliation des actifs de Togo Electricité.* Les agissements de la Défenderesse sont constitutifs d'expropriation illégale, ou plus précisément de mesures équivalentes à une expropriation, privant Togo Electricité des biens corporels et incorporels dont elle avait la propriété. L'atteinte portée à l'investissement de Togo Electricité équivaut à une dépossession - perte de droits de propriété et de droits contractuels (Mémoire TE, paras. 320-327). Togo Electricité a été également victime d'une expropriation indirecte de ses droits contractuels, au travers de nombreuses actions du Togo qui, cumulées, ont privé Togo Electricité d'une partie substantielle de la valeur de son investissement (Mémoire TE, paras. 352-382).

67. *Traitement juridique et judiciaire inéquitable de Togo Electricité.* La Défenderesse a violé la maxime *pacta sunt servanda*, traduite par le principe général de droit de la force obligatoire des engagements. En outre, les agissements du Togo constituent une violation du standard minimum de traitement des étrangers obligeant les Etats à accorder, au minimum, un traitement juste et équitable aux investisseurs étrangers et à ne pas se rendre responsable d'un déni de justice (Mémoire TE, paras. 383-442).

## **1.2 Demandes de Togo Electricité**

68. En plus des sommes mentionnées aux paragraphes 49 et 56 ci-dessus, Togo Electricité demande le paiement d'indemnités contractuelles et d'autres sommes qui seront maintenant exposées.

*Les indemnités contractuelles dues par la Défenderesse*

69. L'article 57 de la Convention de Concession, fondement de la résiliation prononcée par Togo Electricité, renvoie aux articles 49.4 et 50 en ce qui concerne la reprise des différents biens utilisés dans le cadre de la Concession.

70. *Biens du Service Concédé financés par le Concessionnaire.* Selon Togo Electricité, à la fin de la Convention de Concession, les Biens du Service Concédé ont été retournés au Concédant. Ce dernier devait verser une indemnité contractuelle pour la portion du coût des Biens du Service Concédé financés par le Concessionnaire et considérée comme non amortie (Mémoire TE, paras. 462 et suivant). Cette indemnité est estimée par Togo Electricité à 8.573.434.608 de francs CFA sur la base du compte-rendu contradictoire de la réunion de concertation entre le Concédant et le Concessionnaire des 13, 14, 15 et 16 février 2006.
71. *Biens propres du Concessionnaire.* De même, à la fin de la Convention de Concession, les Biens Propres du Concessionnaire peuvent être repris par le Concédant moyennant une indemnité (article 50 de la Convention). Or, depuis le 22 février 2006, la CEET utilise la totalité des biens de Togo Electricité (Mémoire TE, para. 153).
72. Faute pour l'Etat togolais d'avoir manifesté conformément aux dispositions contractuelles, sa volonté de reprendre les biens propres de Togo Electricité contre l'indemnité prévue à la Convention de Concession, il convient de retenir en plus de leur valeur comptable de 3.754.657.405 de francs CFA, une indemnité pour spoliation calculée sur leur valeur vénale de ces biens, soit 1.501.862.962 de francs CFA (Mémoire TE, para. 477).
73. *Reliquat de provisions.* Aux termes de l'article 49.3 de la Convention, « *le Concessionnaire reversera au Concédant le solde des provisions constituées pour le renouvellement ultérieur des Biens du Service Concédé, complétés des amortissements individuels constitués dans la proportion de la participation du Concédant* ». Au titre de cet article, sur la base du compte-rendu de la réunion de concertation entre le Concédant et le Concessionnaire du 13 février au 16 février 2006, Togo Electricité doit ainsi reverser à l'Etat togolais, la somme de 1.704.349.431 de francs CFA au titre du Reliquat de provisions.
74. Tenant compte des indications ci-dessus, le montant des indemnités contractuelles demandées par Togo Electricité est de 10.623.742.582 de francs CFA.

*Autres sommes dues par la Défenderesse*

75. *Consommation antérieure à la résiliation.* La CEET a mis en place un nouveau compte bancaire afin de recevoir les fonds provenant du règlement des factures émises ou à émettre. Or, les comptes de Togo Electricité à l'égard de sa clientèle n'étaient pas soldés et Togo Electricité n'avait pas encore facturé tous ses clients. En outre, les factures de consommations émises par Togo Electricité avant le 22 février 2006 n'avaient pas toutes été réglées. Des montants importants devaient ainsi revenir à Togo Electricité au titre de l'énergie électrique consommée et facturée avant le 22 février 2006 (Mémoire TE, para. 156).
76. Par conséquent, Togo Electricité demande que le Tribunal arbitral condamne la Défenderesse à lui verser la somme de 24.074.245.579 de francs CFA, correspondant à une estimation des montants revenant en principe à Togo Electricité au titre des consommations antérieures au 22 février 2006 (Mémoire TE, para. 480).
77. *Comptes bancaires appartenant à Togo Electricité.* Aux termes des procédures de saisies décrites dans la partie factuelle ci-dessus, des créances d'un montant de 33.353.183.234 de francs CFA appartenant à Togo Electricité ont été saisies. Ces sommes ont été gelées (Mémoire TE, para 167). La Défenderesse a néanmoins pu procéder à des prélèvements pour apurer la dette alléguée de Togo Electricité auprès de l'Etat. Des opérations de décaissement sont donc intervenues (id., paras 167-172). L'Etat aurait également utilisé ces sommes pour payer les créanciers de Togo Electricité (id., para. 173-178).
78. Togo Electricité a sollicité en vain des différents établissements bancaires des relevés de comptes afin de déterminer le montant exact du solde des comptes bancaires au moment de leur saisie. Il n'est pas dès lors possible de déterminer exactement les montants saisis par l'Etat togolais. Le commissaire aux comptes de Togo Electricité estime cependant que le solde des différents comptes bancaires se montait au 22 février 2006 à 1.191.141.211 de francs CFA (Mémoire TE, para. 478), somme dont Togo Electricité demande le paiement dans cette procédure.

79. *Agios sur les découverts des comptes bancaires.* En outre, Togo Electricité disposait pour les besoins de son activité de plusieurs comptes bancaires. En raison des manquements de l'Etat à ses obligations contractuelles, Togo Electricité a dû supporter des agios sur les découverts de ses comptes bancaires. Le montant de ces agios s'élève à 58.524.403 de francs CFA (Mémoire TE, para. 484) et Togo Electricité en demande le remboursement dans la présente procédure.
80. *Frais de liquidation.* Togo Electricité a été contrainte de résilier la Convention et de prononcer sa dissolution anticipée. Comme indiqué, un liquidateur a été désigné par l'Assemblée Générale Extraordinaire des actionnaires le 21 février 2006. Les indemnités du liquidateur amiable et les frais de formalités inhérentes à la liquidation s'élèvent à un total de 58.925.000 de francs CFA, dont le remboursement est demandé dans cette procédure.
81. *Frais liés aux procédures relatives à la spoliation.* En raison du manquement de l'Etat à son devoir de protection juridictionnelle de tout justiciable, du non respect de ses propres engagements au titre de la convention d'arbitrage, des règles de droit les plus fondamentales, Togo Electricité a été contrainte de défendre ses droits devant les juridictions togolaises et d'engager des frais dont le montant s'élève à 791.000 de francs CFA, somme dont le remboursement est demandé dans la présente procédure.
82. *Frais de conciliation et d'arbitrage.* Togo Electricité n'a pu que constater l'échec de la tentative de conciliation mise en œuvre conformément à l'article 53.1 de la Convention de Concession, et demande dans cette procédure le remboursement des frais engagés pour sa défense. Togo Electricité demande également que la Défenderesse succombe aux frais de la présente procédure.
83. *Manque à gagner.* Togo Electricité souffre d'un manque à gagner sur la période censée être la plus rentable pour un concessionnaire, à savoir les quinze dernières années de la Convention. Le manque à gagner de Togo Electricité a été évalué à 85,3 milliards de francs CFA selon un rapport d'expert. Togo Electricité le réclame à défaut de son attribution à SES qui en fait également la demande (Mémoire TE, para. 486).
84. *Préjudice moral.* L'expropriation subie par Togo Electricité et les conditions dans lesquelles celle-ci s'est opérée constituent en elles-mêmes un préjudice. Outre la valeur même des

biens expropriés, l'action de déposséder Togo Electricité de ses actifs constitue une atteinte à son intégrité. Togo Electricité a également droit à une indemnité au titre du préjudice moral souffert du fait du déni de justice dont elle a fait l'objet. En outre, elle a souffert d'un préjudice à l'atteinte à l'image. Togo Electricité sollicite donc une indemnité, au titre du préjudice moral subi, pour un montant de 5 millions d'euros (Mémoire TE, paras. 489-493).

85. *Demande de libre convertibilité, de transférabilité et de non-compensation.* Togo Electricité demande la libre convertibilité en Euros des sommes en francs CFA auxquelles l'Etat serait condamné et que soit ordonnée la transférabilité à SES des sommes que la Défenderesse serait condamnée à payer. Enfin, Togo Electricité demande que soit prohibée toute possibilité de compensation par l'Etat des sommes qu'il serait condamné à verser à Togo Electricité dans le cadre de cette procédure (Mémoire TE, para. 495).

86. En conclusion, la société Togo Electricité demande au Tribunal, comme résumé dans son dernier Mémoire du 20 avril 2009, de :

- *« Dire et juger que la résiliation de la Convention de Concession est intervenue aux torts de la République du Togo ;*
- *Dire et juger que les agissements de la République du Togo décrits dans le présent mémoire constituent une violation de ses engagements au titre de la Convention de Concession ainsi qu'une violation des règles du droit togolais et du droit international applicables ;*
- *Condamner, en conséquence, la République du Togo à payer à Togo Electricité, en monnaie transférable, librement convertible, non compensable et avec taux d'intérêt annuel de 6.5890% à dater du 23 février 2006 :*
  - *10.623.742.582 F CFA au titre des indemnités contractuelles ;*
  - *1.501.862.962 F CFA au titre de la spoliation sur les Biens Propres de Togo Electricité ;*
  - *1.191.141.211 F CFA au titre du solde des comptes bancaires de Togo Electricité ;*
  - *24.074.245.579 F CFA au titre des consommations antérieures au 22 février 2006 ;*
  - *791,000 F CFA au titre des frais de procédures devant les juridictions nationales togolaises ;*

- 58.925.000 F CFA au titre des frais de liquidation ;
- 3.587.757.000 F CFA au titre du solde des consommations de l'Etat togolais ;
- 58.524.403 F CFA au titre des agios sur découverts des comptes bancaires ;
- 8.416.667 F CFA au titre des frais d'annulation du prêt BOAD ;
- 85.300.000.000 F CFA au titre du manque à gagner ;
- 90.000 USD et 434.346 Euros au titre des frais relatifs à la procédure de conciliation CIRDI ;
- 5.000.000 Euros au titre du préjudice moral.

*Le tout sauf à parfaire,*

- *Déclarer irrecevables et infondées les demandes reconventionnelles de la République du Togo ;*
- *Condamner la République du Togo à supporter tous les frais, honoraires et dépenses en relation avec la procédure de conciliation et d'arbitrage et de rembourser les sommes avancées par Togo Electricité à cet effet ;*
- *Dire que l'ensemble des condamnations porteront intérêts composés au taux d'intérêt légal togolais, qui correspond au taux fixé par la BCEAO augmenté de deux points, à compter du prononcé de la sentence et jusqu'à complet paiement de la condamnation ;*
- *Ordonner l'exécution provisoire de la sentence à intervenir. »*

### **1.3 Demandes de GDF SES**

87. Pour sa part la société GDF Suez Energie Services considère que son préjudice consiste en :

- une perte de l'investissement, soit un montant de 3 milliards de francs CFA pour réaliser l'investissement, des prestations non rémunérées dans le cadre du contrat de coopération d'un montant de 1.7 milliards de francs CFA, et de la perte des profits attendus après la résiliation et la dissolution de Togo Electricité (à savoir 85.3 milliards de francs CFA) ;
- une perte d'image dont le montant s'évalue à 10 millions d'euros ; et
- les frais de la procédure d'arbitrage.

88. Comme résumé dans son dernier Mémoire du 20 avril 2009, GDF Suez Energie Services demande au Tribunal de :

- « Dire et juger que la résiliation de la concession est intervenue aux torts de la République du Togo ;
- dire et juger que celle-ci doit réparer le préjudice en découlant pour GDF SUEZ ES ;
- la condamner, en conséquence, à payer à GDF SUEZ ES, en monnaie transférable et avec des intérêts au taux annuel de 6,5890 % à dater du 23 février 2006 :
  - 3 milliards de francs CFA pour la perte du capital investi,
  - 1,7 milliard de francs CFA pour la perte du prix des services rendus à Togo Electricité,
  - 85,3 milliards de francs CFA pour le manque à gagner valeur 2008, les intérêts courant de ce chef à dater du 2 juin 2008,
  - 10 millions € pour la perte d'image, le tout sauf à parfaire
- déclarer irrecevables et, subsidiairement, infondées les demandes reconventionnelles de la République du Togo ;
- condamner la République du Togo à supporter tous les frais de l'arbitrage, y compris les frais et honoraires exposés par GDF SUEZ ES pour la défense de ses droits ;
- ordonner l'exécution provisoire de la sentence à intervenir. »

## **2. PARTIE DEFENDERESSE**

89. La Défenderesse s'oppose à la présentation des faits des Demanderesses et à leurs demandes.

### **2.1 Sur l'exécution de la Convention**

90. Tout d'abord, en ce qui concerne l'appel d'offres initial, la Défenderesse rappelle que chacun des candidats présélectionnés a eu l'occasion de visiter les sites d'implantation des infrastructures de la CEET et de prendre connaissance de l'état du réseau, ce qui devait leur permettre d'appréhender de façon objective les paramètres techniques et financiers du projet (Contre-Mémoire, para. 54). Lors de l'appel d'offres révisé, les parties ont intensivement discuté et les candidats ont soumis leurs offres en toute connaissance de cause (id., para. 68).

91. De manière générale, la Défenderesse soulève d'une part, l'absence de volonté de SES à s'impliquer dans la réussite du projet conformément aux engagements qu'il avait souscrits

et, d'autre part, l'incompétence de Togo Electricité dans l'exécution de ses obligations contractuelles (Contre-Mémoire, para. 97). L'investisseur n'a pas su démontrer une réelle volonté d'assurer, comme il se devait, le démarrage véritable du projet grâce à des investissements suffisants dont il aurait pu escompter le bénéfice sur la durée (id., para 143).

92. Pour la Défenderesse, l'obtention du prêt IDA n'a jamais constitué une promesse de la part de l'Etat. Il s'agissait d'une simple éventualité (Contre-Mémoire, para. 139). En tout état de cause, l'obtention de ce prêt n'aurait, en aucune manière, exonéré le Concessionnaire de son obligation d'investissement.

93. S'agissant de la non-réalisation de la ligne Nord Togo - Nord Bénin, la Défenderesse dément que le Concédant aurait donné un planning pour la réalisation de la ligne (Contre-Mémoire, para. 146). D'après la Défenderesse, « *le groupement Elyo/HQI a baissé artificiellement le prix de sa production propre, tout en augmentant également artificiellement le volume de cette même production propre* » (Contre-Mémoire, para.150).

94. L'augmentation de 32% des tarifs de la CEB ne saurait dédouaner le Concessionnaire dans la mesure où il ne peut s'exonérer de ses obligations d'investissements au motif qu'il a du s'approvisionner à des tarifs plus élevés chez son fournisseur exclusif. En tout état de cause, l'augmentation est intervenue après la clôture du premier exercice alors même que le Concessionnaire connaissait déjà des difficultés (Contre-Mémoire, para.160). En outre, le surcoût a été répercuté à concurrence de 75% au moins, le solde ayant été absorbé par la redevance de Concession au détriment du seul Concédant (id., para. 158).

95. L'augmentation du prix du combustible, intervenue le 1<sup>er</sup> décembre 2004, fait partie des aléas économiques supportés par tous les industriels. La Convention de Concession prévoyait une formule permettant d'indexer la rémunération du Concessionnaire aux coûts des produits pétroliers entrant dans la production de l'énergie électrique. Dès lors, les Demanderesses ne peuvent tirer argument de ce fait pour justifier leur manquement à la mise en œuvre d'un plan d'investissement viable. A cette date, les carences du Concessionnaire étaient telles que la caducité du contrat avait été largement approuvée par les Parties puisque, dès le début de l'année 2004, elles discutaient de nouvelles formes de coopération avec un autre partenaire (Contre-Mémoire, paras. 164-171).

96. Les sociétés Régie Nationale des Eaux et Hôtel du 2 Février représentaient pour le Concédant des entités économiques stratégiques, et il était normal que le Concédant intervienne dans le contentieux du recouvrement de leurs consommations, sans qu'il ne s'agisse pour autant d'une immixtion dans la gestion de la Concession (Contre-Mémoire, para. 182). Les 3 milliards de francs CFA pour arriérés de la dette publique n'équivalent, à peine, qu'à 2,5% du chiffre d'affaires cumulé.

## 2.2 Sur la résiliation

97. La résiliation prononcée par Togo Electricité doit être regardée comme fautive en raison d'une part des conditions dans lesquelles elle a été mise en œuvre, en plein processus de conciliation et, d'autre part, en raison de l'absence de fondement des motifs invoqués pour l'application de l'article 57 de la Convention de Concession.

98. La résiliation intervenue alors même que la procédure de conciliation était pendante est irrecevable car elle viole l'un des principes généraux du droit qui postule que la partie qui choisit une voie de droit entre deux (à savoir l'article 53 ou l'article 57 de la Convention de Concession) ne puisse revenir sur ce choix une fois l'action engagée (Contre-Mémoire, para. 213).

99. Le motif invoqué à l'appui de la demande d'application de l'article 57 de la Convention ne peut justifier sa mise en œuvre. Le prix de vente de l'électricité de la CEB ne peut être considéré comme une circonstance extérieure échappant au contrôle des parties (Contre-Mémoire, para. 228). En outre, de nombreuses mesures d'accompagnement ont été prises en vue d'atténuer les effets d'une augmentation des tarifs de la CEB et des solutions proposées (Contre-Mémoire, para. 236).

100. Dès lors que Togo Electricité a décidé de sa dissolution par voie de liquidation amiable, et abandonné le service concédé, elle se trouvait déchu de la Concession avec toutes les conséquences automatiques de droit qui en découlent (Contre Mémoire, paras. 245-248).

101. Togo Electricité n'a pas été victime d'une « spoliation » de ses biens propres. Le gouvernement n'a fait que tirer les conséquences qui s'imposaient en application des dispositions contractuelles lorsque, le 22 février 2006 à minuit, la Concession du service

public de distribution de l'énergie électrique au Togo s'est trouvée vacante (Contre-Mémoire, para. 274).

102. Dès lors, la Défenderesse a été contrainte de prendre des mesures conservatoires nécessaires à la sauvegarde de l'outil de production et de distribution de l'énergie électrique à compter du 22 février 2006 (Contre-Mémoire, para. 249). Aucun inventaire des éléments d'actif et des moyens affectés exclusivement à la gestion de l'exploitation du service concédé, tel que prévu à l'article 43-2 de la Convention et nécessaire en vue de passation de service et transfert d'actif, n'avait été fait (Contre-Mémoire, paras. 266-273). En tout état de cause, la Défenderesse s'est intégralement désistée de toutes les procédures internes à l'encontre des Demanderesses (Contre-Mémoire, para. 275).

### **2.3 Les demandes de Togo Electricité sont irrecevables**

103. L'article 43 de la Convention de Concession relatif à la déchéance de plein droit en cas de dissolution anticipée ou de liquidation exclut le principe d'une quelconque indemnité (Contre-Mémoire, para. 293).

104. En outre, aucun document justificatif ne permet d'évaluer la juste valeur des Biens du Service Concédé et non amorti.

105. La valeur des Biens Propres est elle aussi injustifiée. Faute pour Togo Electricité d'avoir assumé la charge de la continuité du service public pendant la période nécessaire à la mise en place du nouveau régime d'exploitation, le Concédant n'a pas eu d'autre choix que d'utiliser les Biens Propres du Concessionnaire déchu pour assurer la continuité du service public (Contre-Mémoire, para. 301).

106. Les soldes créditeurs de Togo Electricité constituaient le seul moyen dont disposait le nouveau régime d'exploitation pour payer les factures et charges engendrées antérieurement au départ du Concessionnaire (Contre-Mémoire, para. 308). S'agissant des agios, rien ne permet de constater leur réalité et la période et le montant des découverts bancaires auxquels ils ont été appliqués (Contre-Mémoire, para. 312).

107. La demande au titre des consommations antérieures au 22 février 2006 est infondée. Elle n'est pas justifiée et Togo Electricité considère comme acquise en masse brute la totalité de la recette qu'elle percevait au titre de la consommation des abonnés (Contre-Mémoire, para. 317).
108. Le solde des consommations de l'Etat pourrait cependant constituer une créance parfaitement exigible. Donc, « *son paiement devra être conditionné à l'analyse préalable des comptes de charges assumées par le concédant afin de déterminer si un solde positif ou négatif se dégage en faveur ou en défaveur du concessionnaire* », et la demande doit être rapportée (Contre-Mémoire, paras. 328-329).
109. La demande tirée de l'annulation du prêt de la BOAD doit être rejetée car la Défenderesse comprend mal en quoi un préjudice peut résulter du fait qu'un emprunteur décide de renoncer au bénéfice d'un prêt qu'il a souscrit (Contre-Mémoire, para. 332).
110. Les procédures internes n'étaient pas abusives et aucune décision n'a condamné au fond Togo Electricité, qui n'est donc pas recevable à recevoir une compensation pour les frais liés aux procédures internes (Contre-Mémoire, para. 325). En outre, la liquidation était une décision unilatérale, nullement indispensable, dont les frais ne sauraient être supportés par la Défenderesse (Contre-Mémoire, para. 326).
111. De même, la demande relative aux frais de la procédure de conciliation de Togo Electricité est irrecevable dans la mesure où l'échec du processus de conciliation lui était totalement imputable en résiliant la convention de concession en plein cœur du processus de conciliation (Contre-Mémoire, para. 336). La demande de condamnation aux frais de la procédure d'arbitrage doit également être rejetée, les faits à l'origine du litige étant totalement imputables aux Demanderesses (Contre-Mémoire, para. 338).
112. Enfin, selon la Défenderesse, Togo Electricité n'a subi aucun dommage moral.

## **2.4 Les demandes de GDF SES sont irrecevables**

113. Tout d'abord, la Défenderesse soutient que GDF SES était partie prenante à la Convention de Concession et à ce titre avait une obligation d'investissement à laquelle elle a failli (Réplique, paras. 12 à 43).
114. En outre, GDF SES ne saurait recevoir la perte de son capital investi car cela évacuerait toute notion de risque en même temps que l'examen de ses propres responsabilités dans l'échec de l'opération (Contre-Mémoire, para. 344).
115. La demande de remboursement des prestations dont sa filiale a bénéficié en vertu du contrat de partenariat conclu avec Elyo n'est aucunement justifiée (Contre-Mémoire, para. 346).
116. Compenser GDF SES pour son manque à gagner reviendrait à rétribuer l'investisseur 30 fois la mise dans une opération, soit une prime à l'échec (Contre-Mémoire, para. 350).
117. Enfin, le préjudice de perte à l'image de SES n'est pas direct et est inexistant.

## **2.5 Demande Reconventionnelle de la Défenderesse**

118. La Défenderesse a présenté une demande reconventionnelle pour le paiement à titre forfaitaire de la somme de 100 milliards de francs CFA, en réparation du préjudice considérable qu'elle a subi, étant placée dans la contrainte de pallier les insuffisances des Demanderesses et de reprendre à zéro un processus de privatisation du secteur.
119. Sur ce point, les Demanderesses s'accordent à rejeter purement et simplement la demande reconventionnelle de la Défenderesse faute d'être argumentée et faute d'avoir établi un droit à réparation. De manière subsidiaire, SES soutient qu'elle ne peut être tenue coresponsable de la résiliation de la Concession et ne peut être tenue responsable des actes de Togo Electricité en relation avec la Convention (Réplique sur la demande reconventionnelle SES, paras. 11 à 32).

## 2.6 Demandes de la République Togolaise

120. Par conséquent, la République Togolaise demande au Tribunal comme résumé dans son Mémoire du 11 mars 2009 de :

- « Dire et juger que la rupture de la convention de concession est intervenue aux torts exclusifs des co-demanderessees, les sociétés TOGO ELECTRICITE et SUEZ ENERGIE SERVICES ;
- Dire et juger que la résiliation de la convention de concession intervenue le 22 février 2006 constitue une rupture abusive exercée en violation des dispositions de la convention de concession et qu'elle justifie la déchéance du concessionnaire avec toutes les conséquences de droit ;  
En conséquence,
- Commettre tel expert qu'il plaira au Tribunal dans les conditions d'impartialité les plus strictes et appropriées avec pour mission de :
  - évaluer, au plus juste, la valeur comptable des actifs et passifs de la société TOGO ELECTRICITE au moment de sa dissolution,
  - évaluer, entre autres, le coût réel de la reprise du service concédé par la CEET,
  - évaluer, enfin, le surcoût généré par l'absence et l'insuffisance des investissements de la société ELYO – SUEZ ENERGIE SERVICES
- Condamner les co-demanderessees à payer à la REPUBLIQUE TOGOLAISE à titre forfaitaire la somme de 100 milliards de francs CFA, en réparation du préjudice considérable qu'elle a subi, toutes causes confondues, étant placée dans la contrainte de pallier les insuffisances d'un partenaire défaillant et de reprendre à zéro un processus de privatisation du secteur, à la fois coûteux et rendu plus complexe dans un contexte économique beaucoup plus difficile.  
Le tout sauf à parfaire ou compléter. »

## V. ANALYSE DU TRIBUNAL

121. Avant d'examiner le droit applicable et le fond de l'affaire, le Tribunal fera quelques remarques préliminaires sur sa compétence.

## 1. COMPETENCE DU TRIBUNAL

122. La compétence du Tribunal n'a pas été contestée par la Défenderesse. A toutes fins utiles, le Tribunal relève que les conditions de l'article 25 de la Convention de Washington sont remplies.
123. Le consentement écrit de la Demanderesse No. 1 et de la Défenderesse à l'arbitrage CIRDI est contenu à l'article 53.3 de la Convention de Concession du 5 septembre 2000. Conformément à l'article 25(2)(b) de la Convention CIRDI et à l'article 2 paragraphe (1)(d)(iii) du Règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage, les parties à la Convention sont convenues à l'article 53.3 alinéa 2 de la Convention de Concession de considérer Togo Electricité comme ressortissant d'un autre Etat contractant aux fins de la Convention CIRDI en raison du contrôle exercé par des intérêts étrangers. A la date du consentement à l'arbitrage, l'actionnaire majoritaire de Togo Electricité était la société Togolaise d'investissement (pièce D21), une société par actions simplifiée de droit français, immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de Nanterre (France) (pièce D20), filiale à 100 % de la société française GDF SES.
124. Le Tribunal relève que le différend qui lui a été soumis est un différend d'ordre juridique en relation directe avec un investissement au sens de la Convention de Washington.
125. En outre, le Tribunal est satisfait que les conditions de recours à l'arbitrage CIRDI telles que contenues à l'article 53.3 de la Convention de Concession cité au paragraphe 6 ci-dessus sont remplies. Aucune solution au différend n'a été trouvée par la voie de la conciliation et la Demanderesse No. 1 était donc libre de recourir à l'arbitrage CIRDI.
126. Enfin, le Tribunal relève que toutes les parties à la présente procédure ont consenti à la jonction de la Demanderesse No. 2, qui satisfait également les conditions de l'article 25 de la Convention de Washington, comme partie demanderesse dans les conditions exposées aux paragraphes 13 à 16 ci-dessus.

## 2. EN PARTICULIER, LA COMPETENCE MATERIELLE DU TRIBUNAL

127. La compétence *ratione materiae* du Tribunal relève de l'article 53 de la Convention de Concession. Selon la clause compromissoire contenue, *inter alia*, dans les articles 53.1 et 53.3 de la Convention de Concession, le Tribunal tranche définitivement sur « *les différends qui naîtraient de l'exécution de la Convention de Concession ou de son interprétation* ».
128. Conformément à l'article 26 de la Convention CIRDI, le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la Convention du CIRDI est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Aucune stipulation contraire n'est contenue dans la présente Convention de Concession.
129. Par conséquent, le Tribunal a compétence pour décider définitivement sur toutes les questions ainsi que tous les différends entre les parties concernant la Convention de Concession du 5 septembre 2000, y compris son exécution et son interprétation. En outre, seul le Tribunal est compétent pour statuer sur ces questions et différends.
130. Dans ces conditions, le Tribunal examinera maintenant le fond du litige.

## 3. LA CONVENTION DE CONCESSION

131. Le présent litige concerne la Convention de Concession du Service Public National de Distribution de Vente de l'Energie Electrique signée entre la Demanderesse No. 1 et la Défenderesse le 5 septembre 2000 ainsi que son exposé et ses annexes qui ont la même valeur juridique que la Convention de Concession dont ils font partie intégrante (Article 1.1 Convention de Concession).
132. Ni les Demanderesses, ni la Défenderesse ne contestent la validité de la Convention de Concession qui constitue donc un contrat qui régit de ce fait l'ensemble des relations entre les deux parties concernées.<sup>1</sup> Par conséquent, la Convention de Concession a force obligatoire et tient lieu de loi entre les parties en question.

---

<sup>1</sup> CIRDI, Sentence sur le fond du 23 août 1958, *Arabie Saoudite c. Arabian American Oil Company*, I.L.R., vol. 27, p. 117.

#### 4. LE DROIT APPLICABLE

133. L'article 53 de la Convention de Concession, entrée en vigueur à compter du 4 novembre 2000, précise dans son paragraphe 4 à propos du règlement des différends et des litiges, que « *le droit applicable sera le droit togolais* ».

134. En outre, la Convention de Concession mentionne explicitement :

- que la mise en concession du service public national de distribution et vente de l'énergie électrique « *s'inscrit dans le cadre d'une réforme globale du secteur de l'électricité sur le territoire nationale de la République Togolaise réalisée par l'intermédiaire de la loi relative au secteur de l'électricité* » (Préambule, point 3), c'est-à-dire la loi togolaise no. 2000-012 relative au secteur de l'électricité (pièce D4) ;
- que la Convention de Concession est régie par les dispositions de la loi togolaise no. 2000-012 relative au secteur de l'électricité (Préambule, point 13) y compris ses textes d'application (Article 3.2.19) ; et
- que le Concédant exerce son contrôle et l'ensemble de ses prérogatives sans préjudice notamment « *des dispositions de l'acte uniforme relatif aux droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1998 et adopté conformément au Traité relatif à l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)* » (Article 36.1 Convention de Concession).

135. Ainsi, en vertu de l'article 42(1) de la Convention de Washington donnant naissance au CIRDI, le litige soumis en vertu de la clause compromissoire contenue dans ladite Convention de Concession doit être régi principalement selon des conditions contractuelles, interprétées et appliquées en fonction des règles consacrées par le régime juridique en vigueur au Togo.

Autrement dit, nous sommes ici dans le cadre classique prévu par l'article 42 où le recours au droit international joue un rôle subsidiaire.

136. Par conséquent, le présent Tribunal doit entreprendre, d'une façon préliminaire, l'intégration de la concession concernée dans l'ensemble du système juridique togolais qui constitue le droit applicable sur le fond pour résoudre les divers aspects de l'affaire pendante.

137. Le système juridique togolais comprend toutes les règles du droit national de la République Togolaise y compris les accords internationaux conclus par le Togo ainsi que les principes de droit international applicable en la matière. C'est donc selon ces règles que doivent être appréciées et interprétées les dispositions de la Convention de Concession ainsi que les rapports de droit entre les parties au présent litige.

138. En résumé, les relations des parties sont donc régies par :

- les stipulations de la Convention de Concession et ses annexes ;
- le droit du Togo, y compris, entre autre, la loi togolaise no. 2000-012 relative au secteur de l'électricité (pièce D4) ainsi que l'acte uniforme relatif aux droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1998 et adopté conformément au Traité relatif à l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) ;
- les accords internationaux conclus par le Togo ; et
- le droit international, en particulier les principes du droit international sur la protection des investissements. Ceci est confirmé par la jurisprudence du CIRDI qui reconnaît que lorsqu'un système juridique interne contient une lacune ou quand le droit international est violé par la seule application du droit interne, le tribunal est tenu, en application de l'article 42 de la Convention de Washington, de faire directement application des règles et des principes pertinents du droit international.<sup>2</sup>

## 5. LA NATURE JURIDIQUE DE LA CONVENTION DE CONCESSION

139. Comme il a été précisé au paragraphe 134 *supra*, la Convention de Concession est régie par les dispositions de la loi togolaise no. 2000-012 relative au secteur de l'électricité, y compris ses textes d'application. Celle-ci s'applique aux activités de production, de transport et de distribution d'énergie électrique, y compris des activités d'importation et d'exportation, exercées sur le territoire de la République Togolaise (article 1.1 Loi no. 2000-012). Ladite loi a pour objet de définir le cadre juridique au sein duquel sont exercées les activités réglementées ainsi que les modalités de participation des entreprises privées au secteur de

---

<sup>2</sup> CIRDI, Sentence sur le fond du 20 mai 1992, *SPP c. République Arabe d'Egypte*, (ARB/84/3), J.D.I, vol. 1, 1994, pp. 217-247.

l'électricité et notamment le régime de propriété et d'usage des installations électriques situées sur le territoire national de la République Togolaise et de biens affectés à leur exploitation (articles 2.2 et 3 Loi no. 2000-012).

140. L'objet de la Convention de Concession est d'établir l'ensemble des conditions juridiques, économiques et financières entre les parties dans le cadre de la délégation du service public en question. Ainsi, la Convention de Concession détermine les modalités, droits et obligations attachées aux activités de fourniture d'énergie électrique concernées, sans préjudice des dispositions de la Loi no. 2000-012 (article 5.16 Loi no. 2000-012). Elle est conclue entre le concessionnaire et l'Etat suite à un appel d'offres public et contient toutes stipulations et conditions qui apparaissent nécessaires ou appropriées (articles 23.1 et 24.1 et 3 Loi no. 2000-012).

141. La Convention de Concession est largement inspirée de la concession de service public du droit français. Il s'agit par conséquent d'un contrat administratif.

142. Ceci ressort explicitement du Préambule de la Convention de Concession qui confirme que celle-ci :

- (i) constitue un « *service public national placé sous la responsabilité de l'État* » (point no. 5) ;
- (ii) souligne les caractères de « *régularité* », « *de continuité* » et « *de permanence* », inhérents à cette nature de « *service public* » (point no. 6) ;
- (iii) précise que « *le Concessionnaire gère cette activité pour son compte et à ses risques et périls* » (point no. 9) ;
- (iv) confirme que « *la Convention de Concession est régie par les dispositions* » de ladite loi relative au secteur de l'électricité « *et ses textes d'application* » (point no. 13) ;
- (v) rappelle que « *le Concédant détient la prérogative de décider unilatéralement des formes et des conditions du contrôle des Biens du Service Concédé affectées au Service Public concédées au Concessionnaire* » (point no. 15) ; et
- (vi) en conséquence, les parties se sont rapprochées pour conclure cette Convention de Concession qui constitue « *un contrat administratif* » (point no. 16).

143. Tenant compte de ces textes contractuels extrêmement clairs, les réponses des parties reçues le 4 décembre 2009, aux questions supplémentaires du 6 novembre 2009,

démontrent qu'il n'existe aucune controverse sur la nature juridique de la Convention de Concession qui entre incontestablement dans la catégorie des « Contrats administratifs », et plus précisément des « Concessions de Services Publics », reconnue en droit français et faisant partie du système juridique togolais tel qu'il a été conçu au moment de l'indépendance du Togo en 1960.

144. Cette réalité juridique fondamentale a été explicitement confirmée par la loi togolaise no. 2000-012 qui dispose dans son article 3 que :

1. *« Les activités de transport et de distribution de l'énergie électrique sur l'ensemble du territoire de la République Togolaise, y compris son importation et son exportation, constituent un service public national placé sous la responsabilité exclusive de l'État.*

2. *Les activités visées au paragraphe précédent sont soumises aux obligations de régularité, de continuité, de permanence et d'égalité de traitement qui s'attachent à leur nature de service public.*

3. *L'exploitation des activités visées au paragraphe 1 ci-dessus peut être confiée par l'État à une ou plusieurs personnes publiques ou privées, au moyen, notamment, de la conclusion d'une ou plusieurs conventions de concession. »*

## **6. LES IMPLICATIONS DE CE REGIME JURIDIQUE PARTICULIER**

145. En raison de la nature juridique particulière de la concession de service public inspirée du droit français et, plus spécifiquement, de la Convention de Concession en tant que contrat administratif, certaines observations et réflexions sur les implications et les retombées de ce régime juridique particulier s'imposent. Cela concerne, en premier lieu, la résiliation de la Convention de Concession, le cas de déchéance et l'exclusion du concessionnaire de l'exploitation de la concession, ainsi que l'indemnisation suite à la résiliation anticipée de la concession ou en cas de déchéance.

146. Ainsi, la loi togolaise no. 2000-012 relative au secteur de l'électricité règle dans les trois articles 25, 26 et 27 des questions relatives respectivement aux « *Termes de conventions*

*de concession* », à l' « *Indemnisation consécutive à la résiliation anticipée* », et au « *Cas de déchéance* ».

147. Il en découle qu'en l'absence d'un accord des parties pour mettre fin à une concession, les autres cas peuvent être résumés de la façon suivante :

- (i) Avant la fin de son terme contractuel, une concession de service public peut prendre fin « *en cas d'exercice par l'État de la faculté de rachat de la concession, conformément aux modalités qui seront stipulées à la convention de concession* » (art. 25.1 (b) Loi no. 2000-012) ;
- (ii) Une résiliation anticipée de plein droit à l'initiative de l'une ou l'autre des parties, « *en cas de force majeure, telle que définie à la convention de concession concernée* » (art. 25.2 (a) Loi no. 2000-012) ;
- (iii) Une résiliation anticipée de plein droit à l'initiative de l'État « *en cas de survenance d'un cas de déchéance, conformément aux dispositions de l'article 27* » de la Loi et de la convention de concession concernée (art. 25.2 (b) Loi no. 2000-012).
- (iv) Une résiliation anticipée « *sur décision judiciaire, à la demande du concessionnaire, en cas d'un manquement grave de l'État à une obligation mise à sa charge par la convention de concession concernée, en cas de survenance d'un fait du prince ou à la suite de la mise en œuvre de la théorie d'imprévision* » (art. 25.2 (c) Loi no. 2000-012).

Dans tous les cas de résiliation anticipée mentionnés ci-dessus, le ministre chargé de l'énergie est autorisé d'après l'article 25.3 de la Loi à prendre « *toutes les mesures nécessaires afin d'assurer la continuité de la fourniture d'énergie électrique* ».

148. En ce qui concerne « *l'indemnisation consécutive à la résiliation anticipée* », l'article 26 de la Loi traite des cas dans lesquels aucune déchéance n'a eu lieu, en laissant à l'article 27 le soin de faire face aux conséquences d'une déchéance, soit aux torts du concessionnaire, soit pour régler les effets de son exclusion définitive en assurant la continuité de l'exploitation du service concédé par ses propres moyens « *en effectuant le rachat des biens propres du concessionnaire* » (art. 27.4 (a) Loi no. 2000-012).

149. En conformité avec lesdites stipulations de la Loi relative au secteur de l'électricité ainsi que la notion de service public et la nature du rapport contractuel en tant que « *Concession de*

*Service Public* », la Convention de Concession a tenu à consacrer, *inter alia*, à l'article 41 à propos de la résiliation, qu'en cas de « *manquement ou de faute grave du Concessionnaire dans l'exécution de l'une des obligations* » contractuelles, telle qu'en cas « *d'abandon ou interruption du Service Concédé* » (art. 41.2 (ii)), la conséquence sera la prononciation de la déchéance aux torts, frais et risques du Concessionnaire et le rachat des Biens Propres du Concessionnaire, conformément aux dispositions de l'article 50 (art. 41.3 et art. 41.4.1 de la Convention).

150. L'article 41.5 de la Concession prévoit dans certaines circonstances la possibilité pour le Concessionnaire de « *demander la résiliation de la Convention de Concession par une décision du tribunal arbitral conformément aux dispositions de l'article 53.2 (...) ou par toute autre procédure prévue par la Loi* ».
151. D'autre part, l'article 42 prévoit la « *déchéance en cas de dissolution anticipée, de liquidation judiciaire ou de faillite de Concessionnaire* », en faisant référence aux conditions prévues à l'article 41 et avec les effets prévus à l'article 43, en précisant le sort pécuniaire de « *l'ensemble des mesures prises par le Concédant pour assurer la continuité de l'exploitation du Service Concédé* » (art. 43.1), « *le retour par le Concessionnaire au Concédant des Biens du Service Concédé et la reprise par le Concédant des Biens Propres du Concessionnaire conformément aux dispositions des articles 49.4 et 50 ci-dessous* » (art. 43.2 de la Convention).
152. L'article 47 mentionne parmi les « *Causes d'expiration de la Convention de Concession* », la fin « *de manière anticipée* » conformément aux stipulations de l'article 51 [droit de rachat de la Concession par le Concédant] ou « *par voie de résiliation conformément à la Loi* ».
153. Quant à l'article 49, il établit avec précision dans les paragraphes 2, 3 et 4 le sort des « *Biens du Service Concédé* » au moment de l'expiration de la Concession, en indiquant la méthode pour calculer les amortissements pour la portion du coût des biens financés par le Concessionnaire et la date limite pour le paiement de l'indemnité due.
154. L'article suivant, no. 50, règle la « *Reprise des Biens Propres du Concessionnaire par le Concédant* », contre indemnité à fixer, soit à l'amiable, soit en conformité avec l'article 53.6 dans le cadre du Règlement des différends et des litiges, qui fait référence au CIRDI.

155. Le droit du Concédant au « *Rachat de la Concession* » figure dans l'article 51, en procédant à déterminer les bases sur lesquelles l'indemnité due au Concessionnaire doit être établie (art. 51.2 (i), (ii) et (iii) de la Convention).
156. Pour conclure l'organisation contractuelle établie, en conformité avec le régime juridique de la Concession de Service Public dans les traditions du droit administratif français hérité au Togo, l'article 52 prescrit les règles communes applicables à la « *Remise des Biens* » au Concédant dans les quatre cas réglementés auparavant qui sont : (1) déchéance ; (2) résiliation ; (3) expiration ; et (4) rachat de la Concession.
157. Visiblement, le premier cas, le deuxième, aussi bien que le quatrième, opèrent exclusivement au profit du Concédant en tant que prérogative de la puissance publique, dans le sens que le Concessionnaire dans le schéma légal et contractuel ne peut déclencher de son propre chef aucune cause parmi ces trois causes d'expiration du rapport de gestion du service public en question, y compris la « *résiliation* » dans le sens prévu aux articles 41 et 47.
158. Exceptionnellement, un tel pouvoir de résiliation non judiciaire au profit du Concessionnaire par l'exercice de sa volonté unilatérale figure dans un texte à part inclus plus loin dans l'article 57 de la Convention de Concession, consacré à la « *Stabilité économique* », et qui s'applique en dépit de toute règle antérieure, étant donné que l'article 57 commence par les mots suivants : « *Nonobstant toutes autres dispositions* ».
159. Ceci implique nécessairement l'introduction d'une règle spéciale visant à réglementer une situation particulière caractérisée par l'émergence « *d'un dommage substantiel et disproportionné ou affectant l'équilibre économique de la Convention de Concession de manière substantielle* ».
160. L'article 57, dans ce contexte spécifique, accorde au Concessionnaire le droit de déclencher le processus suivant :

- a) Dans un premier temps, discuter avec le Concédant la possibilité d'accepter de bonne foi des « *modifications possibles des termes de la Convention qui pourraient faire cesser ce dommage ou ce déséquilibre* ».
- b) À défaut d'accord dans un délai de soixante jours, « *résilier la Convention de Concession de plein droit, par simple notification écrite avec un préavis de soixante (60) jours* ».

161. Le reste de l'article 57 établit avec précision les conséquences d'une telle résiliation en stipulant :

*« Dans ce cas, le Concédant versera au Concessionnaire l'indemnité visée à l'article 49.4 [c'est-à-dire le coût non amorti des Biens de Service concédé financés par le Concessionnaire] en tenant compte de l'incidence éventuelle de ces circonstances sur l'évaluation de ces biens ».*

Donc, la base de toute évaluation de l'indemnisation due à cause d'une telle résiliation spécifique sous l'article 57 doit être prévue à l'article 49.4, qui, en dehors de l'indemnité pour le coût non amorti des Biens de Service concédé financés par le Concessionnaire, ne se prononce sur aucune autre indemnité, telle que par exemple un quelconque *lucrum cessans* (indemnité pour manque à gagner ou perte de gains de profits futurs) réclamé par les Demanderesses.

162. La seule règle subsidiaire prévue à la fin de l'article 57 est limitée à l'incidence éventuelle de ces circonstances nouvelles affectant de manière substantielle l'équilibre économique. Selon cette règle subsidiaire :

*« A défaut d'accord sur cette incidence, ce différend sera tranché dans les conditions de l'article 53 » [c'est-à-dire, soit par la conciliation et, à défaut de succès de la conciliation, par l'arbitrage CIRDI].*

La directive dans ce domaine est l'applicabilité de l'article 50 qui ordonne la « *Reprise des Biens Propres du Concessionnaire par le Concédant* », y compris les approvisionnements nécessaires à l'exploitation normale du Service Concédé.

**7. SERAIT-IL JURIDIQUEMENT PERMISSIBLE D'ACCORDER DES INDEMNITES AU-DELA DE CELLES EXPLICITEMENT MENTIONNEES DANS LE CONTRAT ?**

163. Comme il a été décrit aux paragraphes 37 ss. *supra*, Togo Electricité, par courrier en date du 20 décembre 2005, remis en mains propres le 23 décembre 2005, a résilié unilatéralement la Convention de Concession en vertu de l'article 57 de la Convention (le Tribunal reviendra plus bas sur la question si le Concessionnaire avait le droit ou non d'engager le processus de l'article 57 ; cf. paragraphes 183-188 *infra*). Outre les indemnités explicitement prévues à l'article 57, les Demanderesses réclament, *inter alia*, le manque à gagner (*lucrum cessans*) sur la période censée être la plus rentable pour un concessionnaire, à savoir les quinze dernières années de la Convention (paragraphe 83 *supra*).
164. Toutefois, comme déjà expliqué au paragraphe 161 *supra*, en dehors de l'indemnité pour le coût non amorti des Biens de Service concédé financés par le Concessionnaire prévue à l'article 49.4 et l'indemnité pour la reprise des Biens Propres du Concessionnaire prévue à l'article 50, l'article 57 de la Convention ne mentionne aucune autre indemnité en faveur du Concessionnaire, telle que par exemple le manque à gagner. La question fondamentale qui doit donc être posée dans le contexte de l'arbitrage actuel peut être formulée de la façon suivante : le Tribunal arbitral sera-t-il limité à l'application du cadre juridique et contractuel indiqué ci-dessus, ou lui serait-il possible d'aller au-delà en tenant compte, par exemple, de l'ensemble de circonstances particulières touchant aux reproches formulés par les deux parties Demanderesses à l'égard des autorités togolaises, telles qu'elles sont décrites dans l'ensemble de leurs écritures, les récits de leurs nombreux témoins, et les plaidoiries de leurs conseils, afin d'établir les manquements réputés graves du Concédant à ses obligations durant la presque totalité de la période antérieure à la résiliation, d'une façon telle qu'on ne pouvait raisonnablement exiger du Concessionnaire de continuer les activités concédées ?
165. En d'autres termes, (i) est-il possible d'accorder dans le cadre d'une résiliation unilatérale de la Convention de Concession par le Concessionnaire en vertu de l'article 57 d'autres indemnités que celles explicitement prévues dans cet article, tel que, par exemple, le manque à gagner, ou (ii) existe-t-il une responsabilité supplémentaire du Concédant fondée sur un excès de pouvoir ou un autre manquement grave qui doit être sanctionnée d'une

façon extracontractuelle, aboutissant à une résiliation par la volonté unilatérale du Concessionnaire qui : (i) d'une part, libère celui-ci de ses obligations contractuelles ; et (ii) d'autre part, justifie une indemnisation dont le montant va au-delà de celle prévue par l'article 57, et qui doit inclure comme toute responsabilité délictuelle le *damnum emergens* aussi bien que *le lucrum cessans*?

166. Les débats qui ont eu lieu devant le Tribunal et l'étude des documents soumis dans le dossier en possession du Tribunal, suffisent à démontrer que la Concession en question a rencontré beaucoup de difficultés dès le début et, d'une part ou d'autre, la continuation des activités prévues dans l'ensemble des obligations réciproques se heurtait à des obstacles multiples, non seulement sur le plan financier, mais aussi en raison de divergences dans les traditions concernant la conduite des affaires, les incompatibilités entre les responsables, et leur incapacité à surmonter les divergences de points de vues.
167. Toutefois, quelle que soit l'ampleur des violations commises par l'administration togolaise durant la vie de la Concession de Service Public en question, selon les principes généraux de droit administratif des contrats hérités du droit français au moment de l'indépendance du Togo, cette Concession ne peut être terminée par la décision unilatérale du Concessionnaire qui met fin ainsi à sa gestion du service public.
168. Autrement dit, en supposant qu'une preuve suffisante effectivement existe pour soutenir que les parties Demanderesses étaient justifiées à réclamer le droit de mettre fin à la Concession pour manquements graves attribués aux autorités togolaises dans l'accomplissement de leurs obligations en tant que Concédant, elles ne pouvaient pas – hors le mécanisme prévu par l'article 57 de la Convention de Concession – , selon les principes généraux de droit administratif, agir seules par leur volonté unilatérale, mais elles devaient nécessairement saisir le Tribunal arbitral conformément aux dispositions de l'article 53.3 de la Convention de Concession ou par toute autre procédure prévue par la loi togolaise no. 2000-012 relative au secteur de l'électricité pour obtenir un jugement dans ce sens (cf. paragraphe 147 *supra*).
169. Faute pour les Demanderesses d'avoir agi ainsi, le présent Tribunal n'a aucun pouvoir juridique permettant :

- (i) soit, la validation d'une telle résiliation placée en dehors du mécanisme prévu par l'article 57 de la Concession ;
- (ii) soit, la condamnation de l'État togolais à une indemnisation qui dépasse celle prévue par l'article 57 de la Concession ;
- (iii) soit, d'accorder aux parties Demanderesses des sommes calculées sur la base d'une responsabilité délictuelle pour excès de pouvoir ou pour un manquement grave de la part du Concédant qui englobe à la fois *damnum emergens* et *lucrum cessans*.

170. En effet, selon les concepts juridiques fondamentaux provenant du droit français, la concession de service public occupe une place particulière à raison de la prédominance d'un principe général qui exige la continuité du service public. Ce trait caractéristique a conduit durant plus de deux siècles à exclure la possibilité pour le concessionnaire de procéder à l'abandon du service par sa volonté unilatérale, aboutissant ainsi à une résiliation qui mettrait fin à ses obligations sans assurer par avance une étroite coopération avec l'autorité concédante pour une transition permettant que le service public en question fonctionne régulièrement en parfaite continuité.

171. C'est pourquoi, contrairement aux autres catégories de contrats de travaux publics ou fourniture et provision de biens, sauf s'il existe une disposition spécifique dans le contrat reconnaissant au concessionnaire le droit de prononcer unilatéralement de plein droit la résiliation du contrat, la jurisprudence et la doctrine françaises n'ont jamais envisagé la résiliation unilatérale de la part du concessionnaire comme moyen d'extinction d'une convention de concession, même si le concédant a commis des violations ou du retard dans l'exécution de ses obligations. Les ouvrages de Jèze, de Laubadère et de Long, avec tous les détails y mentionnés, confirment ce fait capital, tenant compte du fait que dans pareil cas une résiliation juridictionnelle (c'est-à-dire prononcée par un tribunal compétent) est toujours nécessaire.<sup>3</sup>

172. Dans le cas d'une telle résiliation juridictionnelle (prononcée en cas de manquements de l'administration à ses obligations contractuelles lorsqu'ils présentent un caractère suffisant de gravité), l'indemnisation comprend la réparation intégrale du préjudice subi, c'est-à-dire à la fois le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*, la résiliation étant provoquée par

---

<sup>3</sup> Voir par exemple André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité de droit administratif*, Tome Second, LGDJ, 1984, p. 652-654.

l'attitude du concédant lui-même et par l'exercice de ses prérogatives exorbitantes.<sup>4</sup> Il en est de même dans le cas d'une résiliation administrative sans faute du cocontractant, puisque la possibilité pour l'administration de prononcer par une décision unilatérale la résiliation du contrat en dehors de toute faute commise par le cocontractant constitue l'un des traits distinctifs marquants des contrats administratifs par rapport aux contrats de droit privé.<sup>5</sup>

173. Par contre, à la connaissance du Tribunal, les annales judiciaires d'inspiration françaises ne contiennent aucun exemple d'une résiliation unilatérale (et donc non-juridictionnelle) du concessionnaire attribuée à une faute du concédant qui ait abouti à une indemnisation couvrant un gain manqué (*lucrum cessans*) sans que cela soit explicitement prévu dans le contrat de concession.
174. Dans la présente affaire, une telle éventualité n'existe point, étant donné qu'il s'agit non pas d'une résiliation juridictionnelle mais d'une résiliation de plein droit par un concessionnaire dans un cadre contractuel spécifique (soit l'article 57 de la Concession) qui l'autorise à demander la résiliation sans aucun engagement à invoquer des fautes attribuées à l'administration et que le contrat ne prévoit pas l'indemnisation du manque à gagner dans ce cas. Par conséquent, dans ce contexte précis, le Concessionnaire ne peut obtenir davantage que l'indemnité contractuellement prévue.
175. D'ailleurs, à propos de la longue liste dressée par la Demanderesse No. 1 dans sa Note du 4 décembre 2009, en réponse aux questions supplémentaires posées aux parties le 6 novembre 2009, il faut noter que la plupart des affaires citées (du 7 août 1874 jusqu'au 6 mai 1955) concernent des marchés de fourniture et provision de biens et ne sont donc pas applicables dans la présente affaire. Les quelques affaires relatives à la résiliation par l'administration sans faute du concessionnaire, quant à elles, relèvent d'un contexte différent.
176. En outre, une lecture attentive de l'ouvrage de Laubadère, dans ses développements pour résiliation par l'administration sans faute du concessionnaire révèle au début de la page 671:

---

<sup>4</sup> Voir André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité de droit administratif*, Tome Second, LGDJ, 1984, note 1421, p. 654.

<sup>5</sup> Voir André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité de droit administratif*, Tome Second, LGDJ, 1984, note 1433, p. 667-669.

« L'indemnisation du "lucrum cessans" est également exclue lorsque la résiliation, quoique prononcée sous la forme d'une résiliation administrative unilatérale, a été provoquée en réalité par la demande du cocontractant ou par l'abandon, même toléré par l'administration, de l'exécution du contrat (...) ». <sup>6</sup>

177. Quant aux affaires citées par les Demanderesses concernant des marchés de fourniture et l'ouvrage d'un entrepreneur, Long/Weil et d'autres auteurs, formulent d'ailleurs à la page 128 une importante réserve selon laquelle :

« Encore faut-il qu'existe un préjudice : les circonstances peuvent faire apparaître ses limites.... voire son absence.... La résiliation n'a pas entraîné de manque à gagner pour le concessionnaire : l'exploitation étant de toute façon déficitaire ». <sup>7</sup>

178. Par conséquent, même si la résiliation de la Concession devait entraîner un manque à gagner, le Tribunal ne peut, pour les raisons mentionnées ci-dessus, accorder l'indemnisation du *lucrum cessans* ni dans le cadre d'une résiliation unilatérale de la Concession par le Concessionnaire en vertu de l'article 57 ni dans le cadre d'une quelconque sanction extracontractuelle tel que dans le cas d'une responsabilité délictuelle pour excès de pouvoir ou pour un manquement grave de la part du Concédant.

179. Toutefois, afin d'éviter tout doute à cet égard et puisque les Demanderesses ont invoqué l'application de la formule *Discounted Cash Flow* (« DCF ») à l'appui de leur demande pour manque à gagner, le Tribunal est d'avis qu'une telle formule n'a pas, en tout état de cause, d'application dans le cas présent.

180. A propos du *lucrum cessans* en particulier, en transcendant les principes généraux du droit administratif, pour s'appuyer sur la jurisprudence soutenue par la doctrine, la tendance générale dans les circonstances où la rentabilité éventuelle est très incertaine, va dans le sens que l'évaluation des indemnités établies par les tribunaux internationaux pourrait être exprimée dans les termes suivants :

<sup>6</sup> André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, Traité de droit administratif, Tome 1, LGDJ, 1983, p. 671.

<sup>7</sup> M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 17<sup>ème</sup> édition, Dalloz, CE, 11 mars 1910, Compagnie générale des Tramways, p. 128.

« [Arbitral] tribunals have frequently limited the amount of damages to the actual value of the investment-related expenditures, excluding any consideration of future profitability as an element of value ». <sup>8</sup>

181. Autrement dit, l'absence d'antécédents de profitabilité rend nécessairement spéculative et incertaine toute évaluation fondée sur la méthode DCF ou toute autre prise en considération de futurs gains dont l'existence et l'ampleur sont douteuses. D'après les règles profondément établies dans les divers systèmes juridiques nationaux et reflétées en droit international, la prise en considération des profits prospectifs exige la preuve qu'ils soient raisonnablement anticipés. <sup>9</sup>

182. En outre, le Tribunal note que ce sont les Demanderesses elles-mêmes qui, dès la deuxième année de la Concession, avaient insisté sur la nécessité de réviser la Convention de Concession dans le contexte d'une refonte globale du contrat, en précisant que la poursuite de celle-ci n'était satisfaisante pour personne. Cette attitude constante a d'ailleurs dominé le processus de conciliation devant le CIRDI.

**8. LES IMPLICATIONS PRATIQUES DU POSTULAT SELON LEQUEL LA BASE JURIDIQUE DE LA RESILIATION DANS LE CONTEXTE DE L'AFFAIRE PENDANTE NE PEUT-ETRE QUE CONTRACTUELLE EN VERTU DE L'ARTICLE 57 DE LA CONCESSION**

183. L'analyse approfondie des documents pertinents et contemporains qui expliquent les faits aboutissant à la résiliation unilatérale qui a eu lieu le 21 janvier 2006, et les développements ci-après, démontrent clairement l'exactitude des points suivants :

---

<sup>8</sup> Christopher Dugan et autres, *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, 2008, p. 587, et les sentences y mentionnées.

<sup>9</sup> Voir : Les anciennes sentences rendues dans l'affaire *El Triunfe* (El Salvador/États-Unis), 1902 ; dans l'affaire *Poggidi*. (Italie/Venezuela), 1902 ; et les autres précédents plus récents évoqués par Professeur Seidl-Hohenveldern dans son article « L'Évaluation des dommages dans les Arbitrages Transnationaux », *Annuaire Français de Droit International*, Vol. XXXIII, (1987), p.17ss. Voir aussi par exemple, *Phelps Dodge Corporation c. Iran*, 10 Iran-US C.T.R. 121, 132-33 (1986); *Wena Hotels c. République arabe d'Égypte*, CIRDI Aff. no. ARB/98/4, Décision sur la compétence, 25 mai 1994, paras. 122-24; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Etats Unis du Mexique*, CIRDI Aff. No. AF/00/2, Sentence, 29 mai 2003; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal S.A. c. République argentine*, CIRDI Aff. No. ARB/97/3, Sentence, 20 août 2007, paras. 8.3.1-8.3.10 ; *PSEG Global Inc. c. République turque*, CIRDI Aff. no. ARB/02/5, Sentence, 19 janvier 2007, paras. 310-315.

- A. La démarche commencée par Togo Electricité à partir du 5 octobre 2005 (pièce D15) se place exclusivement dans le cadre de l'article 57 de la Convention de Concession.

La lettre adressée à cette date au Ministre des Mines, de l'Energie et de l'Eau évoque la décision de la Communauté Électrique du Bénin informant Togo Electricité que « *l'application de l'indexation des tarifs de l'électricité sera effective à compter de juillet 2005 et que l'ajustement tarifaire correspondant est de 16 %* », après avoir indiqué qu'une telle mesure « *est de nature à affecter l'équilibre économique de la Convention de Concession de manière substantielle, d'autant que celui-ci est déjà, comme vous le savez, très dégradé* ».

Ainsi, Togo Electricité s'est placé explicitement dans le cadre de l'article 57, en demandant « *les modifications possibles des termes de la Convention de Concession qui pourraient faire cesser le déséquilibre résultant de cet ajustement tarifaire de 16 %* » et en précisant que « *l'article 57 de la Convention de Concession fixant pour cela un délai de soixante jours à compter de la présente, pour étudier ensemble cette situation et convenir des modifications qu'elle nécessite* » (pièce D15).

- B. Dans le cadre de négociations entreprises pour réaliser un accord sur les modifications nécessaires, Togo Electricité a adressé le 20 décembre 2005 au Ministre une lettre (pièce D16) l'informant de la résiliation de la Convention de Concession avec un préavis de soixante jours dans le cadre de l'article 57 de la Convention de Concession.
- C. Par lettre datée du 29 décembre 2005 (pièce D17) le Ministre a contesté le bien-fondé de cette décision de résiliation considérée « *abusive* » pour plusieurs raisons, parmi lesquelles il mentionne que « *la CEB a annulé l'indexation des tarifs et qui plus est, vous a adressé des avoirs pour annuler le supplément de facturation* ».
- D. Par lettre datée du 11 janvier 2006 (pièce D18), le Ministre a confirmé la position de la République Togolaise selon laquelle « *la résiliation prononcée par lettre du 20 décembre 2005 par la société Togo Electricité est nulle et non avenue* ». Le Ministre s'est fondé sur les déclarations lors de la séance plénière de la session de conciliation du CIRDI du lundi 9 janvier 2006 au cours de laquelle « *les représentants de la société Togo Electricité ont déclaré que l'augmentation des tarifs de la CEB n'est pas advenue à la date de la prise de décision de la résiliation par la société Togo Electricité et ont reconnu*

que le Président du Haut Conseil Interétatique de la CEB a annulé la décision d'indexation des tarifs de la CEB avant la lettre de la société Togo Electricité du 5 octobre 2005 ». Pour le Ministre, il en résulte que Togo Electricité « reconnaît que la résiliation prononcée sur cette base était dépourvue de fondement dans la mesure où le fait générateur de l'application de l'article 57 de la Convention n'a pas existé. Par voie de conséquence, la République Togolaise fait connaître à la société Togo Electricité qu'elle ne considère qu'aucun délai ne court à compter du 23 décembre 2005 ».

- E. Le lendemain, c'est-à-dire le 12 janvier 2006, Togo Electricité n'a pas tardé à riposter par une lettre (pièce D19) contenant la réfutation du contenu de la lettre du Ministre, pour en conclure que « la condition de déclenchement de la procédure de l'article 57 de la Convention de Concession était bien constituée au moment de la remise par Togo Electricité de la lettre datée du 5 octobre 2005. Dès lors, Togo Electricité considère que le recours à la procédure de l'article 57 de la Convention de Concession est bien fondé en droit ». Par conséquent, la décision de résiliation notifiée le 20 décembre 2005 restait effective à la date prescrite (i.e., à l'expiration du délai contractuel de soixante jours).
- F. Pour confirmer sa position déjà notifiée, Togo Electricité dans une lettre datée le 18 janvier 2006 (pièce D176) adressée au Ministre des Mines, de l'Energie et de l'Eau, a confirmé que « la résiliation de la Convention de Concession sera effective le 22 février 2006 à 00h ». Afin de ne pas interrompre le service public de l'électricité, Togo Electricité a proposé de définir conjointement les modalités d'un protocole couvrant les divers aspects du retour au Concédant des Biens Propres du Concessionnaire. A la fin de la lettre, Togo Electricité a envisagé la possibilité de discuter avec les autorités togolaises des conditions de cession de la société, c'est-à-dire, d'un rachat par l'Etat de Togo Electricité.
- G. Juste une semaine avant la résiliation, une série de réunions importantes ont eu lieu à Paris les 13, 14, 15 et 16 février 2006 entre le Concédant et le Concessionnaire. Selon l'Annexe (A) du compte-rendu de ces réunions (pièce D13), l'autorité concédante a été représentée par le Ministre de l'Economie, des Finances et des Privatisations et par le Ministre des Mines, de l'Energie et de l'Eau, avec un nombre de hauts responsables et consultants.

Quant au Concessionnaire, il était représenté par le Président du Conseil d'administration de Togo Electricité, un membre du conseil, le directeur général et un expert de la société-mère Suez Énergie Services (ex Elyo).

Le texte de ce compte-rendu est d'une importance capitale, non seulement parce qu'il contient les divers points de vue sur l'audit technique et l'audit comptable et financier soumis à la suite de la réunion de la conciliation CIRDI durant les deux jours précédents (le 9 et 10 janvier 2006), mais encore parce qu'il reflète l'expression des attentes légitimes (« *the legitimate expectations* ») des parties à l'approche de la résiliation, tenant compte des commentaires et observations y annexés sur les deux rapports d'audit par le Concessionnaire.

Le Tribunal reviendra au moment approprié sur l'information capitale qui découle dudit compte-rendu au sujet de l'évaluation de l'indemnité à verser au Concessionnaire en application de l'article 57 de la Convention de Concession.

Pour le moment, il suffit de noter : (i) d'une part, que les réunions tenues à Paris entre le 13 et le 16 février 2006 représentaient la dernière chance pour éviter la rupture entre les parties, et, (ii) d'autre part, que les discussions révèlent que très peu de préparations étaient alors en place pour assurer la continuité du Service Public concernant la fourniture de l'électricité sans interruption.

H. Le 21 février 2006 le Ministre des Mines, de l'Énergie et de l'Eau a reçu une lettre de Togo Electricité (pièce D175), portant à sa connaissance le message suivant :

*« Nous arrivons au terme de délai de préavis de 60 jours visé à l'article 57 de la Convention de Concession et qui court depuis la remise de notre lettre datée le 20 décembre 2005. En conséquence, à compter du 22 février 2006 à 0 h 00, la Convention de Concession est résiliée et Togo Electricité n'est juridiquement plus en charge du service public de distribution de l'énergie électrique au Togo. Conformément à l'article 49.1 de la Convention de Concession, l'État Togolais, Concédant, est donc substitué de plein droit dans l'ensemble des droits du Concessionnaire au titre de la Convention de Concession à partir du demain 22 février 2006 à 0 h 00.*

*Nous déplorons qu'à ce jour aucune solution n'ait pu être trouvée entre nous pour régler les conséquences de cette résiliation ».*

- I. Avec le retrait du directeur général de Togo Electricité, l'assemblée générale extraordinaire de cette société a eu lieu le 21 février 2006 au siège social de la Société Suez Énergie Services à Nanterre (France) sur convocation du Conseil d'administration. Ladite assemblée générale a adopté à l'unanimité une première résolution, décidant la dissolution de Togo Electricité devenue sans objet à cause de la résiliation de la Convention de Concession le 22 février 2006, ce qui « *entraîne de plein droit sa mise en liquidation à l'amiable* » (pièce D2).

Selon une deuxième résolution, Me Ahlin K. Komlan a été nommé liquidateur pour la durée de la liquidation (pièce D2).

- J. Le 22 février 2006, la République Togolaise a réagi par la publication d'un numéro spécial du Journal Officiel contenant le Décret Présidentiel no. 2006-013/PH du 22 février 2006 (pièce DS86) mettant fin à la concession octroyée à la société Togo Electricité pour l'exploitation des actifs de production, de distribution et de vente de l'énergie électrique.

Les deux dispositions pertinentes de ce Décret sont les suivantes :

*« Article premier : Il est mis fin à la concession octroyée à la société Togo Electricité pour l'exploitation des actifs de production, de distribution et de vente de l'énergie électrique pour non respect de ses engagements.*

*Article 2 : Les actifs du service concédé de production, de distribution et de vente de l'énergie électrique précédemment exploités par Togo Electricité sont transférés à la CEET ».*

184. C'est précisément à cette date, et en considération de tous les faits antérieurs, que le Tribunal doit aborder le premier point contesté, à savoir : se prononcer sur la validité des demandes respectivement soumises par chacune des parties à cet égard.

Les Demanderesses soutiennent que le Tribunal doit déclarer la résiliation entreprise par Togo Electricité parfaitement justifiée et en conformité avec l'article 57 de la Convention de Concession, tandis que la contre-mesure décrétée par le Président de la République Togolaise le 22 février 2006, doit amener le Tribunal à constater sa nullité.

Quant à la Défenderesse, elle réclame dire et juger que la résiliation intervenue le 22 février 2006 constitue une rupture abusive exercée en violation des dispositions de la Convention de Concession, y compris l'article 57, et qu'elle justifie la déchéance décrétée le même jour pour sanctionner le Concessionnaire défaillant.

185. Pour mieux apprécier l'ensemble des circonstances qui ont causé l'aggravation des déséquilibres financiers existant dès l'aube du processus de la privatisation, et dont l'ampleur est devenue telle que le Concessionnaire a été amené à affronter une série de crises aboutissant à la recherche d'une refonte radicale de la Convention de Concession à travers une procédure de conciliation sous l'égide du CIRDI, il sera utile de souligner les traits caractéristiques suivants :

A. Juste après l'entrée en vigueur de la Convention de Concession, il s'est avéré que les Biens du Service Concédé étaient dans un état de sérieuse dégradation par rapport au rapport de PWC de 1998. Cela concerne, en particulier, les ouvrages de production (tels que le Ruston à Kara) ainsi que les ouvrages de transport. Ceci est confirmé par le rapport Mazars & Guérard remis deux mois après la signature de la Convention de Concession (novembre 2000), ainsi que par de nombreux témoignages tout à fait crédibles et concordants lors des audiences du 11-14 mai 2009.

Par conséquent, il a fallu de toute évidence procéder à des remplacements immédiats et à de nombreux investissements importants qui n'avaient pas été prévus dans le budget soumis par Togo Electricité lors du deuxième appel d'offres. Ceci a sans aucun doute considérablement contribué au déséquilibre financier du Service Concédé.

B. Une part importante de la responsabilité à cet égard incombe au Concédant qui a fixé un délai extrêmement court pour la remise des dossiers techniques et financiers par les candidats, tout en sachant qu'il ne serait bien évidemment pas possible aux candidats de vérifier les informations de manière étendue et complète sur le terrain. Le Concédant

avait clairement un devoir de diligence envers les candidats de l'appel d'offres. Les candidats ne pouvaient que se rapporter aux informations qui leur ont été soumises par le Concédant. Ceci est d'autant plus important que l'état des ouvrages s'était manifestement nettement détérioré depuis la première phase de soumissions en 1998, ce que le Concédant, par ailleurs, savait ou aurait dû savoir.

En contrepartie, les candidats devaient lors de la soumission des offres, tenir compte des circonstances particulières en question et donc prévoir certaines réserves dans leurs plans prévisionnels pour d'éventuels investissements supplémentaires et certaines dépenses inattendues. Il est vrai aussi que le groupement Elyo/Hydro Québec auquel appartiennent les Demanderesses, ayant répondu à l'appel d'offres antérieur, était, d'une manière générale, familier avec l'état des services d'électricité en Afrique et devait donc s'attendre à de nombreuses déficiences dans l'état des ouvrages togolais mis en concession.

En l'occurrence, il semble toutefois peu probable que le groupement Elyo/Hydro Québec et les Demanderesses se soient engagés dans ce projet d'investissement au Togo sans avoir sérieusement fait la vérification diligente qui s'imposait dans les circonstances, autant que de possible à l'époque. Il s'agissait tout de même d'un investissement important comportant de nombreux risques, et qui ne pouvait donc pas être fait à la légère. Il faut rappeler aussi qu'en ce qui concerne la préparation de l'offre technique et de l'offre financière, le candidat Elyo/Hydro Québec s'est strictement tenu aux dispositions du dossier d'appel d'offres révisé, comme l'avait expressément exigé le Concédant.

En somme, le Togo a manqué dans une certaine mesure à son devoir de diligence envers les candidats à l'appel d'offres et à son obligation d'information claire et complète. Ainsi, il a pris certains risques, qui par la suite se sont tournés contre lui. Autrement dit, le Concédant a dans une grande mesure contribué au déséquilibre financier du Service Concédé, qui n'a pas été rectifié par la suite.

- C. D'ailleurs, les appels d'offres pour la mise en concession du service public de distribution et de vente de l'énergie électrique au Togo étaient précédés par l'annonce par la Banque mondiale (IDA) en décembre 1998 de la disponibilité de quatre prêts pour

le secteur électrique du Togo et du Bénin et par l'introduction en novembre 1999 du *Fifth Energy Project*, programme sectoriel d'investissement financé par l'IDA.

Ce prêt avait été sollicité par le gouvernement togolais pour financer le coût du projet de renforcement et d'extension du réseau électrique du Togo et, en particulier, l'interconnexion Nord Togo-Nord Bénin. Il avait été explicitement prévu à l'article 31.11 de la Convention de Concession de rétrocéder une partie du crédit (soit 30 millions USD) en faveur du Concessionnaire :

*« Le Gouvernement de la République Togolaise a sollicité un crédit de l'Association Internationale de Développement (IDA), en différentes monnaies pour financer le coût du Projet de Renforcement et d'Extension du Réseau ÉLECTRIQUE. Il est prévu qu'une partie des sommes accordées au titre de ce crédit soit rétrocédée au Concessionnaire pour le financement des investissements de renforcement et d'extension de réseaux décrits à l'Article 2 de l'Annexe 31.4 de la présente Convention de Concession. Les conditions de rétrocession seront définies par une convention séparée, à signer entre la République Togolaise et le Concessionnaire »*

Si l'on s'est référé au prêt IDA sans réserve quelconque dans la Convention de Concession (art. 31.11), c'est qu'il devait y avoir une raison pour cela. De toute évidence, les parties estimaient que le prêt serait accordé au Concédant et que, par conséquent, celui-ci devait s'investir pour l'obtenir.

Ainsi, étant donné que la Concession reposait sur la perspective du prêt IDA, le fait que l'IDA n'a finalement pas accordé le prêt à la République Togolaise, crée une nouvelle situation qui doit être prise en considération dans l'appréciation de l'obligation prévue à l'article 31 de la Convention de Concession qui met à la charge du Concessionnaire l'obligation de financer les plans d'investissement.

Juridiquement, la République Togolaise n'avait pas garanti l'obtention du prêt IDA, et par conséquent n'était requise ni de se substituer au Concessionnaire ni de construire l'interconnexion Nord Togo-Nord Bénin. Toutefois, le Concédant était, en vertu de

l'article 28.5.1 de la Convention, obligé de prendre les mesures nécessaires pour maintenir l'équilibre financier du Service Concédé, ce qui n'a pas été le cas.

- D. L'article 28.1 de la Convention stipule que l'exploitation du Service Concédé par le Concessionnaire et la fixation du niveau des tarifs de vente de l'énergie électrique aux consommateurs doivent « *garantir l'équilibre financier du secteur de l'électricité et du Service Concédé, y compris la couverture des charges financières du secteur de l'électricité qui relèvent du Concédant* ». Ceci signifie que la responsabilité de maintenir l'équilibre financier et l'autofinancement du Service Concédé repose sur le Concédant. L'obligation de garantir l'équilibre financier de la Concession par une tarification appropriée est une obligation qui découle du fait que le Concédant fixe les prix de vente aux consommateurs et que le Concessionnaire s'engage à s'approvisionner exclusivement auprès de la CEB qui appartient à 50% au Concédant.

Il est donc évident que le Concédant a manqué à cette obligation de maintenir l'équilibre financier du Secteur Concédé. En plus, il n'a accordé que des ajustements partiels du tarif aux consommateurs suite aux multiples augmentations imposées par la CEB, ainsi qu'à la hausse des prix des produits pétroliers. En outre, il a négligé d'assurer le paiement des montants considérables de consommation d'électricité de l'État et des entités publiques. Il est intervenu régulièrement en faveur de tiers (tels la RNET, l'Hôtel du 2 février et divers membres du gouvernement), empêchant ainsi le paiement des consommations d'électricité facturées par le Concessionnaire. Ainsi, au jour de la résiliation de la Convention de Concession par le Concessionnaire, les arriérés du secteur public étaient de l'ordre de 3 milliards de francs CFA.

Par conséquent, la trésorerie de Togo Electricité s'est retrouvée en déficit permanent avec un effet cumulatif au fil des années. Incontestablement, l'équilibre économique de la Convention de Concession a été ainsi affecté de manière substantielle.

- E. En outre, la Convention de Concession, dans le but d'assurer la continuité d'une tarification appropriée, garantit l'équilibre financier des prestations durant la vie de la Concession, en accordant au Concessionnaire un taux de rentabilité (art. 28.3 et 28.5.1 (iii)). Le taux de rentabilité pour la première période quinquennale avait été fixé à 18.5%

(art. 28.5 1 (iii)). Vu le dysfonctionnement de la Convention, manifestement il n'a pas été possible de réaliser le taux de rentabilité prévu dans la première période quinquennale.

186. Pour les raisons expliquées ci-dessus, le Tribunal considère donc que le Concessionnaire avait le droit d'engager le processus de l'article 57.
187. De multiples tentatives de règlement à l'amiable ont suivi. Les parties se sont même mises d'accord pour retenir le cabinet d'experts indépendant « *Emergence Consult* » afin de procéder à une analyse approfondie du dysfonctionnement de la Convention de Concession et d'y remédier. Le déséquilibre financier du Service Concedé a été confirmé par ce dernier. Mais, aucun accord n'a été possible, ni dans le cadre des négociations directes, ni dans les processus de la conciliation engagée selon les règles du CIRDI. Le Tribunal est convaincu que toutes les conditions requises pour procéder à la résiliation de la Convention de Concession en fonction de l'article 57 se sont trouvées remplies pour engager dès le mois de décembre 2005 le processus aboutissant à mettre fin à la Concession avec toutes les conséquences qui en découlent sur le plan de l'indemnisation de Togo Electricité, en application des règles prévues d'après le texte dudit article à cet égard.

Par conséquent, la résiliation qui a eu lieu le 22 février 2006 à 00h. est considérée valide et effective contractuellement et juridiquement en stricte application de l'article 57, et sans tenir compte des autres considérations et circonstances soulevées par l'une ou l'autre des parties.

188. Ceci implique, d'autre part, le rejet de ce que la Défenderesse allègue concernant la prétendue « *rupture abusive exercée en violation de la Convention de Concession* », étant donné que cette allégation n'a aucune justification acceptable.

Visiblement, les trois conditions requises par l'article 57 se sont trouvées remplies au moment de la résiliation à savoir :

- (i) l'existence des circonstances postérieures à la mise en vigueur de la Concession, échappant au contrôle de Togo Electricité ;
- (ii) que de telles circonstances affectent l'équilibre économique de la Convention de Concession de manière substantielle ; et

(iii) qu'aucun accord à l'amiable n'a pu être réalisé durant la période prescrite pour faire cesser le déséquilibre en question.

189. Donc, le Tribunal doit procéder à l'adjudication des autres points litigieux tenant compte de la résiliation valable en vertu de l'article 57.

190. Cette conclusion amène le Tribunal en premier lieu à se prononcer sur l'appréciation des effets juridiques de la mesure prise par la République Togolaise le même jour, en mettant fin à la Concession pour « *non respect* » par le Concessionnaire de ses engagements.

191. Dans le contexte de la présente affaire, il est amplement suffisant pour le Tribunal de se limiter à préciser la portée juridique du Décret Présidentiel et l'interprétation qu'il faut lui donner ainsi que ses implications en ce qui concerne la controverse entre les parties. Le Tribunal arbitral constate que :

Premièrement : La résiliation de la Convention de Concession étant déjà validement effectuée par Togo Electricité, il ne peut être question d'une deuxième résiliation. Le langage utilisé dans le Décret Présidentiel parle plus précisément « *de mettre fin* » à la Convention, ce qui relève essentiellement d'une démarche de nature juridique différente, opérant une déchéance au sens propre du mot.

Deuxièmement : Cet acte de déchéance ne peut être justifié en tant que sanction pour des fautes commises auparavant durant la vie de la Concession, faute pour le Concédant d'avoir engagé un processus préalable dans ce sens (cf., en particulier, les mesures prévues aux articles 39, 40, et 41.1 à 41.4 de la Convention de Concession).

Troisièmement : Faute pour le Concédant d'avoir notifié le Concessionnaire au moins six mois à l'avance, il ne peut, non-plus, s'agir d'un rachat de la Concession au sens de l'article 51 de la Convention ou de l'article 25.1.b) de la loi togolaise no. 2000-012 relative au secteur de l'électricité.

192. Une interprétation possible à l'utilisation des termes « *non respect de ses engagements* » pourrait signifier, du point de vue du Concédant, la violation de l'obligation fondamentale d'assurer la continuité du service public. Le fait pour Togo Electricité de procéder à un retrait immédiat de son directeur général, et d'ordonner la liquidation de la Société le même jour

pourrait, aux yeux du Concédant, être assimilé au non-respect d'une exigence d'agir convenablement à l'égard du Concédant.

193. Le Tribunal retient toutefois que dans ses multiples correspondances avec le Concédant, Togo Electricité a répété à plusieurs reprises, notamment le 18 janvier 2006, le 3 février 2006 et le 21 février 2006, qu'il était impératif de mettre en marche de manière urgente le processus de transition et du passage du service concédé avant l'entrée en vigueur de la résiliation de la Concession le 22 février 2006 (pièces D176 et D177). En outre, plusieurs solutions de transfert des activités ont été discutées en détail lors des pourparlers entre les parties les 13, 14, 15 et 16 février 2006 à Paris (cf. pièce D15). Le Togo a tout d'abord refusé d'accepter la résiliation du contrat par le Concessionnaire (pièces D19, D20) et a manifestement tout simplement ignoré les appels urgents du Concessionnaire concernant les mesures à prendre pour la transition du service public. Suite à l'échec des négociations à Paris, le Concessionnaire a, dans sa lettre du 21 février 2006, de nouveau rappelé au Concédant la nécessité urgente d'agir et l'a invité à rechercher avec le Concessionnaire « *les solutions pratiques à mettre en place pour organiser le transfert des activités de Togo Électricité à la République Togolaise* » (pièce D177). Cet appel est malheureusement resté sans effet.
194. Quant à la décision de Togo Électricité de retirer son directeur général et de liquider la société après l'entrée en vigueur de la résiliation de la Convention de Concession, celle-ci n'a aucun effet majeur sur le processus de transition des activités ou sur les responsabilités contractuelles de la société envers le Concédant suite à la résiliation (justifiée) de la Concession, puisque le directeur général a été immédiatement remplacé par un liquidateur amiable avec pleins pouvoirs. La société en liquidation a continué d'exister avec ses droits et obligations ainsi qu'avec ses actifs jusqu'à l'accomplissement définitif de toutes ses obligations contractuelles et autres envers le Concédant et des tiers.
195. Quelle que soit la qualification qu'il faut donner au Décret Présidentiel mettant fin à la Convention de Concession, le Tribunal ne peut pas le considérer comme une résiliation ou déchéance en vertu des articles 41 ou 42 de la Concession ou au sens des articles 25 et 27 de la loi togolaise relative au secteur de l'électricité, ni comme la sanction de supposés manquements ou fautes graves commises antérieurement par le Concessionnaire.

Par conséquent, la déchéance *sui generis* décrétée le 22 février 2006 par un Acte Présidentiel doit être essentiellement caractérisée comme un constat des conséquences d'une résiliation qui aurait eu lieu valablement sur le plan contractuel, tout en tenant compte, du fait qu'aux yeux du Concédant, les exigences de la continuité du service public de l'électricité dans l'ensemble du pays devaient être assurées.

196. À la lumière de l'analyse ci-dessus, le Tribunal en arrive aux conclusions suivantes :

1- La résiliation de la Convention de Concession faite par Togo Electricité et effective le 22 février 2006 à 00h est légalement valide, les trois conditions de l'article 57 étant remplies au moment de la résiliation.

2- Cette résiliation, dans le contexte de la présente affaire, ne peut être que de nature contractuelle et parfaitement justifiée en fonction de l'article 57 de la Convention.

3- Le Décret Présidentiel adopté par le République Togolaise le 22 février 2006 et prononçant la déchéance *sui generis* de Togo Electricité n'affecte pas la légalité de la résiliation intervenue le 22 février 2006.

Il incombe donc au Tribunal de déterminer les effets juridiques et financiers pour les parties de la résiliation qui a mis fin à la Concession.

## **9. LES EFFETS JURIDIQUES ET FINANCIERS DE LA RESILIATION QUI A MIS FIN A LA CONCESSION**

197. Dans l'accomplissement de cette tâche, le Tribunal doit nécessairement être guidé par les règles qui figurent à l'article 57 fixant l'étendue de l'indemnisation due à l'ancien Concessionnaire, c'est-à-dire dans les limites suivantes :

(i) verser l'indemnité prévue à l'article 49.4, qui se compose d'une indemnité « *pour la portion du coût des Biens du Service Concédé financés par le Concessionnaire qui sera considérée comme n'étant pas amortie conformément aux dispositions de la Convention de Concession* » ;

(ii) tenir compte de « *l'incidence éventuelle des circonstances pertinentes* » sur l'évaluation des biens en question (art. 57) ; et

(iii) la reprise par le Concédant des Biens Propres du Concessionnaire dans les conditions prévues à l'article 50.1, à savoir « *les biens mobiliers et immobiliers affectés par le Concessionnaire au Service Concédé et qui sont sa propriété* » (Biens du Domaine Privé du Concédant), et ceci contre une indemnité à être fixée par le Tribunal, étant donné qu'aucun accord n'existe entre les parties à cet égard.

198. Le point de départ dans l'évaluation des indemnités dues aux Demanderesses à la suite de la résiliation effectuée en fonction de l'article 57 de la Convention de Concession se trouve, comme précédemment indiqué (voir ci-dessus para. 183 (G)), autour du compte rendu des réunions qui ont eu lieu à Paris les 13, 14, 15 et 16 février 2006, c'est-à-dire juste une semaine avant la fin de la Concession.

Les hauts responsables des deux côtés et leurs consultants ont échangé aux cours des réunions en question leurs points de vue à propos de l'audit technique et de l'audit comptable et financier présentés par l'Autorité Concédante au Concessionnaire (voir les annexes (B), (C), (D) et (E) de la pièce D13). Ils avaient exprimé ainsi ce que l'on peut considérer les attentes légitimes des parties à cette période.

199. Les informations contenues dans lesdits documents, prises avec celles provenant plus tard du rapport du Commissaire aux Comptes pour l'exercice clos le 22 février 2006 (pièce D193) et du rapport d'Accenture en date du 11 mai 2008 (pièce D188), forment ensemble un fondement utile que le Tribunal doit prendre en considération dans la détermination de l'indemnité globale due en application de l'article 57 qui sert de base à la résiliation du 22 février 2006, à savoir :

- (i) Les indemnités contractuelles prévues par les articles 57, 49.4 et 50 de la Convention de Concession (valeur nette comptable des Biens du Service Concédé financée par le Concessionnaire, et indemnité pour la reprise par le Concédant des Biens Propres du Concessionnaire laissés sur place le 22 février 2006) ;
- (ii) Le solde des comptes bancaires de Togo Electricité au 22 février 2006 ; et
- (iii) Les autres droits patrimoniaux qui sont devenus exigibles à cause de la résiliation du 22 février 2006 et des mesures prises par les autorités togolaises par la suite.

## 9.1 Indemnités contractuelles

200. Selon le Rapport Définitif de la Mission d'Audit des Comptes de Togo Électricité du 15 novembre 2006 établi par CKA Audit & Conseil et adressé au Concédant (pièce D126), les comptes de Togo Electricité pour l'exercice clos le 22 février 2006 sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que de la situation financière et du patrimoine de Togo Electricité à la fin de cet exercice, conformément aux principes comptables SYSCOHADA (pièce D126, p. 3).

D'après ledit Rapport, les résultats de l'évaluation des Biens du Service Concédé non amortis et des Biens Propres du Concessionnaire au 22 février 2006 (valeur nette) se présentent comme suit (pièce D126, p. 23 et 25) :

- Biens du Service Concédé non amortis (Immobilisations DCE) : 8.821.857.363 de francs CFA
- Biens Propres du Concessionnaire (Immobilisations privées) : 3.859.386.900 de francs CFA

Les montants demandés par la Demanderesse No.1, soit 8.573.434.608 de francs CFA pour les Biens du Service Concédé non amortis et 3.754.657.405 de francs CFA pour les Biens Propres du Concessionnaire sont donc réalistes et confirmés par le Rapport Définitif d'Audit.

Après déduction du reliquat des provisions dû par le Concessionnaire au Concédant de 1.704.349.431 de francs CFA, les indemnités contractuelles en question (composées des Biens du Service Concédé non amortis et des Biens Propres du Concessionnaire) ont été estimées à une valeur de totale 10.623.742.582 de francs CFA.

201. Le Tribunal considère que c'est le chiffre digne de confiance qui doit être confirmé comme base acceptable pour correctement chiffrer lesdites indemnités dues à la date de la résiliation opérée en fonction de l'article 57, et d'autres dispositions pertinentes auxquelles ledit article fait référence.

A ce propos, il convient de noter que le Tribunal n'a eu durant la procédure arbitrale aucun contre-rapport présenté par le Togo, et qu'il est trop tard pour le Togo de demander, quatre ans après les faits, la nomination d'un expert par le Tribunal. Le présent Tribunal CIRDI doit se contenter de fonder ses conclusions sur les informations contenues au dossier, telles que soumises et plaidées par les parties.

202. D'ailleurs, les indemnités dues à Togo Electricité ne s'arrêtent pas là, étant donné que, faute d'un accord entre les parties, il incombe au Tribunal de régler tous les éléments du contentieux qui restent pendants. Le Tribunal regroupe ceux-ci sous les titres suivants.

### **9.2. Solde des comptes bancaires de Togo Electricité au 22 février 2006**

203. Le Commissaire aux Comptes de Togo Electricité (KEKAR), dans son rapport au conseil d'administration pour l'exercice clos le 22 février 2006 (pièce D193) établit à la page 5 de son rapport que le solde en question s'élève à 1.191.141.211 de francs CFA.

204. Ce chiffre est confirmé par le Rapport Définitif de la Mission d'Audit des Comptes de Togo Électricité arrêtés au 22 février 2006 établi par CKA Audit & Conseil à la page 32 (pièce D126). Il n'est pas contesté et le Tribunal décide de l'inclure dans les indemnités contractuelles dues pour paiement à Togo Electricité. Cette somme faisait partie des fonds propres appartenant au Concessionnaire au jour de la résiliation, et doit par conséquent être restituée à son propriétaire.

### **9.3 Autres droits patrimoniaux devenus exigibles à cause de la résiliation du 22 février 2006 et mesures prises par les autorités togolaises par la suite**

205. Le Tribunal a déjà décidé que la résiliation qui a eu lieu le 22 février 2006 doit être considérée juridiquement valable en vertu de l'article 57 et des autres dispositions contractuelles qui s'y rattachent, tandis que la déchéance ordonnée le même jour par le Président de la République Togolaise n'est qu'un exercice d'un pouvoir régalién extracontractuel non couvert par l'article 42 de la Convention de Concession.

206. Par conséquent, la Défenderesse doit non seulement payer les indemnités prévues par l'article 57 et retourner à Togo Electricité le solde de ses comptes bancaires, mais encore

liquider les conséquences des droits acquis auparavant par Togo Electricité et qui étaient exigibles à l'extinction de ses activités au Togo.

207. On retrouve dans cette catégorie quatre éléments qui figurent dans les conclusions de Togo Electricité sous des appellations différentes, à savoir :

- (i) La valeur des Biens Propres de Togo Electricité qui sont restés entre les mains des autorités togolaises ;
- (ii) Les agios encourus avant la résiliation sur découverts des comptes bancaires ;
- (iii) Le solde des consommations de l'État togolais; et
- (iv) Le solde des consommations du secteur privé antérieures au 22 février 2006.

208. En ce qui concerne les Biens Propres, Togo Electricité réclame leur valeur comptable de 3.754.657.405 de francs CFA, et une indemnité pour spoliation calculée sur leur valeur vénale de ces biens d'un montant de 1.501.862.962 de francs CFA (Mémoire TE, para. 477). Le Tribunal note tout d'abord que la somme de 3.754.657.405 FFCA réclamée par Togo Electricité correspondant à la valeur comptable des Biens Propres a d'ores et déjà été prise en compte dans le calcul des 10.6 milliards de francs CFA pour indemnités contractuelles mentionnées au paragraphe 201 ci-dessus et ne doit pas être comptée deux fois. Pour la somme de 1.501.862.962 de francs CFA, appelée « spoliation » par les Demanderesses, elle n'est en réalité que le produit final comptable des facilités et transferts technologiques que la société-mère avait fournis comme « assistance technique » à Togo Electricité (1.7 milliards de francs CFA). Les preuves en possession du Tribunal confirment le montant réclamé; et cette réclamation doit être accordée en sa totalité à Togo Electricité.

209. En ce qui concerne les agios sur découverts subis par Togo Electricité, dont le montant total s'élève à 58.524.403 de francs CFA, le dossier en possession du Tribunal contient la preuve que cette somme a été effectivement payée par Togo Electricité en tant que Concessionnaire durant ses opérations du service public en question. Donc, elle doit être accordée également en sa totalité à Togo Electricité.

210. Selon le Tribunal, il existe une distinction fondamentale entre deux catégories des sommes réclamées au titre des consommations antérieures au 22 février 2006 :

- (i) une première catégorie relative aux consommations de l'État togolais et aux endroits assimilés aux édifices publics (tel que la Régie Nationale des Eaux et la société Hôtel du 2 février) ; et
- (ii) une deuxième catégorie concernant les autres consommations antérieures au 22 février 2006 que Togo Electricité n'a pas pu percevoir.

211. Pour la première catégorie, dont le montant s'élève à 3.588.451.997 de francs CFA (cf. para. 56), le Tribunal considère cette somme comme une dette certaine de l'Etat togolais et qui est devenue exigible à l'extinction de la Concession. Par conséquent, cette somme doit être prise en compte dans la fixation des indemnités dues à Togo Electricité.

212. Quant à la catégorie concernant les autres consommations antérieures au 22 février 2006, le Tribunal retient du Rapport Définitif de la Mission d'Audit des Comptes de Togo Electricité du 15 novembre 2006 établi par CKA Audit & Conseil (pièce D126, p. 29) que le montant total des créances envers clients au 22 février 2006 s'élève à 24.412.692.667 de francs CFA (total brut). Ce montant couvre les consommations facturées (23.924.284.667 de francs CFA) ainsi que celles qui n'ont pas encore pu être facturées au 22 février 2006 (488.408.000 de francs CFA). Après déduction de provisions de 2.215.171.273 de francs CFA (soit environ 10%) pour couvrir les risques liés à chaque créance, il reste un solde de 22.197.521.394 de francs CFA.

Ce document établit clairement la méthode suivie pour arriver au montant net réclamable, en établissant différents taux de provisions sur la base de l'antériorité des créances. La provision pour les impayés de 18 mois et plus est de 100% ; la valeur de ces créances est donc réduite à zéro. Les impayés de 12 à 18 mois sont déduits de 80% de leur valeur. Ces créances ne sont donc prises en considération que pour 20% de leur valeur. Les impayés de 6 à 12 mois sont déduits de 60% de leur valeur ; ces créances n'étant retenues que pour 40% de leur valeur.

Le Tribunal pense que les provisions calculées sont suffisantes et qu'elles reflètent la réalité du taux d'encaissement de Togo Electricité. En effet, selon les preuves en possession du Tribunal, le taux d'encaissement (hors secteur Etat), c'est-à-dire le taux des montants facturés transformés en trésorerie, varie entre 91% et 99% (pièce DS95 et pièce DS 53, p. 36). Il s'agit donc d'un taux d'encaissement élevé. Le Rapport d'Emergence Consult d'août 2003 (pièce DS53) constate d'ailleurs à la page 26 que le Concessionnaire a mis en place un programme très sérieux de lutte contre les pertes commerciales. Il a estimé les pertes commerciales pour l'année 2005 à 3% maximum, ce qui correspond à un taux d'encaissement de 97% sur toutes les consommations facturées (pièce DS53, p. 27).

Selon le Rapport Définitif de la Mission d'Audit des Comptes de Togo Electricité (pièce D126 p. 29) il ne fait aucun doute que les créances de Togo Electricité envers clients pour les consommations antérieures au 22 février 2006 existent et qu'elles sont recouvrables à concurrence, au moins, de 22.197.521.394 de francs CFA. Le Rapport Définitif recommande d'ailleurs le rachat des créances envers clients de Togo Electricité par l'Etat (pièce D126, p. 14).

Les preuves en possession du Tribunal confirment en outre que la Défenderesse a manifestement encaissé les montants facturés (avant le 22 février 2006) par la Demanderesse No. 1 et qu'elle a établi des reçus d'encaissement sur papier portant le logo de Togo Electricité. Par ailleurs, la Défenderesse a aussi émis des factures pour des consommations effectuées avant le 22 février 2006 sur papier portant le logo de Togo Electricité. Tout cela est très clairement établi par la pièce D47. Il est évident que ces montants n'ont pas été restitués à la Demanderesse No. 1 par l'Etat togolais.

Quant à la Défenderesse, l'unique argument qu'elle fait valoir à l'encontre de cette demande est à l'effet qu'elle n'est pas vérifiable, car elle ne serait basée que sur le rapport du commissaire aux comptes. Or, tel n'est pas le cas. Le montant n'a pas été établi sur la base du rapport du commissaire aux comptes mais il a été calculé, en tenant compte des risques de recouvrement, par le cabinet d'audit mandaté par la Défenderesse elle-même.

Par conséquent, le Tribunal considère que la somme de 22.197.521.394 de francs CFA, telle qu'elle a été retenue dans le Rapport Définitif de la Mission d'Audit des Comptes de Togo Électricité au 22 février 2006, est exigible par la Demanderesse No. 1.

213. En somme, le Tribunal trouve qu'au delà des indemnités contractuelles prévues par l'article 57 et le solde des comptes bancaires, quatre autres éléments doivent être ajoutés aux sommes dues à Togo Electricité, à savoir : 1.501.862.962 de francs CFA, plus 58.524.403 de francs CFA, plus 3.588.451.997 de francs CFA, plus 22.197.521.394 de francs CFA soit un total pour ces quatre éléments de 27.346.360.756 de francs CFA.

214. Le Tribunal rejette les autres réclamations présentées par Togo Electricité concernant :

- (i) Les frais d'annulation du prêt BOAD ;
- (ii) Les frais de liquidation de Togo Electricité ;
- (iii) Les frais engagés devant les juridictions nationales ;
- (iv) Le coût de la procédure de conciliation CIRDI ;
- (v) Le préjudice moral ; et
- (vi) Et la somme réclamée au titre du manque à gagner.

215. Pour ce qui est des frais d'annulation du prêt de la BOAD, ces frais ne tombent pas sous le coup de l'article 57 de la Convention de Concession, et par conséquent doivent être rejetés.

216. Les frais de liquidation engagés par Togo Electricité ne sont pas de la responsabilité de la Défenderesse ayant été engagés par Togo Electricité de sa pleine volonté et la relation avec la Défenderesse est trop indirecte pour justifier le paiement de cette somme. D'ailleurs, ces frais ne peuvent aussi être compris dans le domaine de l'article 57 de la Convention de Concession.

217. Les frais encourus pour défendre les droits de la Demanderesse No. 1 hors la procédure arbitrale engagée devant ce Tribunal ne peuvent pas être envisagés comme entrant dans la compétence *ratione materiae* de la clause compromissoire contenue dans l'article 53 de la Convention de Concession.

Celle-ci est explicitement limitée aux « *différends qui naîtraient de l'exécution de la Convention de Concession ou de son interprétation* ». Les recours aux tribunaux, à la conciliation CIRDI, les décisions de procéder à une liquidation à l'amiable ou d'annuler un prêt consenti, ne sont pas en eux-mêmes des différends nés de l'interprétation de la

Convention de Concession ou de son exécution. Ils sont de simples moyens utilisés par Togo Electricité pour défendre ses droits et se protéger à l'égard des autorités publiques. Autrement dit, le fait générateur d'une responsabilité quelconque dans ce domaine se trouve hors du champ de l'article 53.

En outre, la décision d'accorder les frais à cet égard appartenait aux tribunaux togolais en cause, lorsque la demande de retrait des procédures a été présentée devant eux par la Défenderesse. C'était aux Demanderesses de réclamer devant ces tribunaux les frais encourus à cet égard ; si ces tribunaux ont refusé une telle demande ou si les Demanderesses ne l'ont pas faite le Tribunal ne peut trancher cette question maintenant.

218. Restent le préjudice moral et le manque à gagner, qui sont deux causes d'action non prévues par l'article 57 de la Convention de Concession qui constitue l'exclusive base juridique sur laquelle la résiliation du 22 février 2006 pourrait être conçue.
219. Les indemnités accordées au Concessionnaire en application de ce mécanisme particulier purement contractuel sont énumérées d'une façon limitative qui ne prévoit ni dommage moral, ni gain manqué (*lucrum cessans*).
220. Le Tribunal, sur la base des considérations de droit français énoncées ci-dessus, ne peut accorder quelle somme que ce soit comme gain manqué, et par conséquent celle-ci est rejetée.
221. Quant au préjudice moral, tenant compte du caractère limitatif des effets juridiques de la résiliation effectuée en fonction de l'article 57 de la Convention de Concession, le Tribunal est d'avis que les Demanderesses n'ont pas réussi à apporter une preuve acceptable d'un dommage réel affectant la réputation ou à l'image du groupe auquel Togo Electricité appartenait avant sa dissolution.

**10. LES SOMMES RECLAMEES COMME INDEMNITES PAR LA SOCIETE-MERE GDF SES EN TANT QU'ACTIONNAIRE DE LA PRESQUE TOTALITE DE TOGO ELECTRICITE**

222. Accenture, dans son rapport d'évaluation daté du 29 mai 2008 (pièce D188, page 6), a précisé que les apports décaissés par GDF SES sont d'un total de 4.7 milliards de francs CFA, composés de :
- (i) Capital libéré : 3 milliards de francs CFA ; et
  - (ii) Assistance technique : 1.7 milliard de francs CFA.
223. Pour les raisons mentionnées plus haut, le Tribunal a déjà conclu qu'une indemnisation pour le gain manqué (pourvu qu'un tel gain existe) ne peut être accordée sous la jurisprudence et la doctrine française dans le contexte de la Concession résiliée.
224. Le prétendu « *manque à gagner* » d'environ 85 milliards de francs CFA en valeur 2008 reprend la même réclamation déjà abordée et rejetée à propos de la filiale Togo Electricité. En outre, le Tribunal rejette sur une autre base le principe même d'allouer une indemnité à une société-mère en tant qu'actionnaire ayant la presque totalité du capital, afin d'éviter un potentiel dédoublement d'indemnisation pour la même somme que la filiale réclame également.
225. Le capital de 3 milliards de francs CFA a été l'actif principal permettant à Togo Electricité de démarrer à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2001. De même, l'assistance technique de 1,7 milliard de francs CFA a constitué l'apport humain et technologique - qui a joué un rôle principal dans la conduite de ses activités comme Concessionnaire. Donc, les deux sommes ont été nécessairement prises en compte dans l'évaluation des indemnités dues à Togo Electricité.
226. C'est précisément « *le capital* » de 3 milliards de francs CFA qui a permis à Togo Electricité de récolter 5 ans plus tard les indemnités contractuelles qui dépassent 9.1 milliards de francs CFA (para. 200 ci-dessus). C'est également « *l'assistance technique* » de 1.7 milliard de francs CFA qui aboutit à accorder à Togo Electricité une somme qui dépasse 1.5 milliard de francs CFA concernant les Biens Propres laissés sur place le 22 février 2006 au moment de la résiliation (para. 208 ci-dessus).

227. Quant à la perte d'image pour 10 millions d'euros réclamée, elle doit être rejetée pour les mêmes raisons déjà évoquées au paragraphe 221.

228. Par conséquent, le Tribunal rejette l'ensemble des réclamations que la société-mère GDF SES a formulées sous quatre titres et défendues sans succès, soit dans la phase écrite de la procédure, soit durant la phase orale.

#### **11. LA DEMANDE RECONVENTIONNELLE DE LA DEFENDERESSE**

229. La Défenderesse a tenu à soumettre une demande reconventionnelle selon laquelle le Tribunal est appelé à condamner les Demanderesses à payer, à titre forfaitaire la somme de 100 milliards de francs CFA, en réparation d'un soi-disant préjudice considérable qu'elle prétend avoir subi. Sans apporter des preuves qui supportent la faute attribuée aux Demanderesses, en dehors de l'allégation rejetée par le Tribunal concernant l'illégalité et le caractère abusif du recours à l'article 57, la Défenderesse se plaint d'être mise en situation qui exige reprendre à zéro le processus de privatisation du secteur de l'énergie électrique, devenu plus complexe et coûteux.

230. Vu l'incapacité de la Défenderesse de prouver l'existence d'éléments capables de soutenir, même *prima facie*, une faute quelconque qui puisse engager la responsabilité de la société-mère ou de sa filiale, le Tribunal doit rejeter la demande reconventionnelle dans sa totalité.

#### **12. INTERETS ET DEVISE**

231. Selon l'article 29.7 de la Concession, le taux d'intérêts applicable est celui de la BCEAO plus 2%, soit un taux de 6,5890% per annum. Ce taux sera le taux applicable ici aux sommes dues à Togo Electricité en application des dispositions contractuelles applicables, à compter de la résiliation, soit le 22 février 2006, jusqu'à complet paiement.

232. La Défenderesse est condamnée à payer les sommes ci-dessus en devise transférable et librement convertible. Ces sommes ne sont pas compensables avec d'autres sommes que Togo Electricité pourrait devoir à la Défenderesse dans le cadre d'autres actions.

## VI. FRAIS DE L'ARBITRAGE

233. Le Centre a demandé aux parties le paiement d'une première avance le 15 septembre 2006 de 100.000 USD et d'une seconde avance le 27 août 2007 de 150.000 USD, soit un total de 250.000 USD. Togo Electricité a payé la totalité de la première avance (99.944 USD) ainsi que la deuxième avance (75.000 USD).
234. Dans sa requête aux fins de remboursement des frais avancés par la requérante pour le compte de la Défenderesse du 14 mai 2008, Togo Electricité a demandé au Tribunal arbitral de rendre une sentence partielle aux fins de : (i) condamner la Défenderesse à rembourser la somme de 50.000 USD à Togo Electricité, sous peine d'une astreinte de 1.000 USD par jour ; (ii) condamner la Défenderesse à rembourser à Togo Electricité toutes autres sommes à venir que la société Togo Electricité pourrait être amenée à payer pour le compte de la Défenderesse, sous peine d'une astreinte de 1.000 USD par jour; (iii) condamner la Défenderesse au paiement de l'intégralité des coûts afférents à cette requête; et (iv) d'interdire, de façon générale, à la Défenderesse toute demande reconventionnelle tant qu'elle ne sera pas à jour du paiement des frais de procédure demandé à la Défenderesse par le Centre.
235. Après avoir rappelé que selon les dispositions de la Convention et du Règlement d'arbitrage CIRDI, le Tribunal ne peut émettre de sentence partielle, le Tribunal a, par lettre du 6 août 2008, indiqué ne pouvoir être en mesure ni d'ordonner le remboursement des sommes visées par la requête, ni d'ordonner le paiement des astreintes demandées et rejetait les demandes contenues dans la requête en remboursement.
236. Le 8 octobre 2008, le Centre recevait le paiement par la Défenderesse d'un montant de 124.959 USD. Cette somme correspondait à un montant de 50.000 USD au titre de la première avance demandée le 15 septembre 2006 (et qui fut entièrement réglée par Togo Electricité) ainsi qu'au un montant de 75.000 USD au titre de l'avance demandée par le Centre le 27 août 2007.
237. Le 10 mars 2009, le Centre a demandé aux parties le paiement d'une troisième avance de 400.000 USD, payée à part égale par les Demanderesses (à hauteur de 150.000 USD pour GDF SES) et la Défenderesse, et d'une quatrième avance de 200.000 USD le 9 décembre

2009, payée à part égale par GDF SES et la Défenderesse. Une dernière avance de 160.000 USD était demandée le 6 avril 2010, et fut payée à hauteur de 80.000 USD par GDF SES et par le Togo.

238. Dans ses écritures, Togo Electricité demande la condamnation de la Défenderesse aux frais de la procédure d'arbitrage. GDF SES demande également la condamnation de la Défenderesse aux frais d'arbitrage.

239. Pour rendre sa décision concernant les frais d'arbitrage, le Tribunal prendra en considération le fait que les Demanderesses ont obtenu gain de cause sur le principe de la résiliation.

240. Par conséquent, en application de l'article 61 de la Convention de Washington régissant la présente procédure, le Tribunal arbitral tient pour équitable, compte tenu de l'ensemble des circonstances du litige, de statuer comme suit sur la répartition des frais de l'arbitrage :

- Chaque Partie supportera ses propres frais et honoraires de conseils et de représentation engagés dans la présente procédure.
- Les frais d'arbitrage, y compris les frais et honoraires des membres du Tribunal ainsi que les frais du CIRDI seront supportés à hauteur de 80% par la Défenderesse et 20% par les Demanderesses à parts égales. Le Centre notifiera ultérieurement aux parties le montant exact de cette somme. La République Togolaise est condamnée à rembourser aux Demanderesses les sommes correspondant aux frais d'arbitrage que celles-ci ont payé au-delà des 20% ci-dessus mentionnés au pro-rata de leur participation respective.
- Ces sommes porteront intérêt au taux de 6,5890% per annum, à partir de 30 jours de la date d'envoi de la Sentence, en cas de non-paiement.
- Au cas où il resterait un solde en faveur des parties après que le CIRDI a établi le décompte final des frais d'arbitrage, les fonds non utilisés seront remboursés aux parties en prenant en compte la partie qui a procédé au paiement.

## VII. DISPOSITIF

**Par ces motifs**, le Tribunal arbitral, après en avoir délibéré, décide que :

1. Togo Electricité a valablement résilié la Convention de Concession le 22 février 2006 à minuit en application de l'article 57 de la Convention de Concession. Le Décret Présidentiel du 22 février 2006 est déclaré sans effet.
2. La République Togolaise est condamnée à payer à Togo Electricité les sommes suivantes en devise transférable et librement convertible :
  - 10.623.742.582 de francs CFA au titre des indemnités contractuelles dues en vertu de la Convention de Concession ;
  - Le solde des comptes bancaires de Togo Electricité au 22 février 2006 soit 1.191.141.211 de francs CFA ;
  - Les sommes correspondant aux Biens Propres de Togo Electricité en application de l'article 50 de la Convention de Concession, à savoir 1.501.862.962 de francs CFA ;
  - Les agios encourus avant la résiliation, à savoir 58.524.403 de francs CFA ; et
  - Le solde des consommations de la République Togolaise au 22 février 2006 à savoir 3.588.415.997 de francs CFA ; et
  - Le solde des consommations antérieur au 22 février 2006, à savoir 22.197.521.394 de francs CFA.

Ces sommes porteront intérêts au taux de 6,5890% per annum à compter du 22 février 2006, et ce jusqu'au complet paiement par la République Togolaise. Ces sommes ne sont pas compensables avec d'autres sommes que Togo Electricité pourrait devoir à la Défenderesse dans le cadre d'autres actions.

3. Les autres demandes de Togo Electricité sont rejetées.
4. Les demandes de GDF Suez Energie Services sont rejetées.
5. La demande reconventionnelle présentée par la République Togolaise est rejetée.
6. Chaque partie supportera ses propres frais et honoraires de conseils et de représentation engagés dans la présente procédure.
7. Les frais d'arbitrage, y compris les frais et honoraires des membres du Tribunal ainsi que les frais du CIRDI tels qu'ils seront déterminés et notifiés ultérieurement par le Centre, seront supportés à hauteur de 80% par la Défenderesse et 20% par les Demanderesses. La République Togolaise est condamnée à rembourser aux Demanderesses au pro-rata de leur participation respective les sommes correspondant aux frais d'arbitrage que celles-ci ont payé au-delà des 20% ci-dessus mentionnés. Ces sommes porteront intérêt au taux de 6,5890% per annum à partir de 30 jours de la date d'envoi de la Sentence, en cas de non-paiement.

/ signé /

---

Marc Grüninger

Date : 09 août 2010

/ signé /

---

Marc Lalonde

Date : 05 août 2010

/ signé /

---

Ahmed S. El-Kosheri

Date : 30 juillet 2010