

**CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÉGLEMENT DES DIFFÉRENDS
RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS**

WASHINGTON, DC

DANS L'INSTANCE ENTRE

**AFRICAN HOLDING COMPANY OF AMERICA, INC ET SOCIÉTÉ AFRICAINE DE
CONSTRUCTION AU CONGO S.A.R.L.**

(DEMANDERESSES)

- ET -

**LA RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO
(DÉFENDERESSE)**

(Affaire CIRDI No ARB/05/21)

Sentence sur les déclinatoires de compétence et la recevabilité

Membres du Tribunal

M. le Pr Francisco Orrego Vicuña, Président

M. O.L.O de Witt Wijnen, Arbitre

M. le Pr Dominique Grisay, Arbitre

Secrétaire du Tribunal

Mme Claudia Frutos-Peterson

Représentant la Demanderesse

M. David Rivkin

M. Barton Legum

Mme Yulia Andreeva

Mme Anne-Sophie Dufêtre

Debevoise & Plimpton LLP

M. David A. Saltman

Law Offices of David A. Saltman

Représentant la Défenderesse

S.E. le Bâtonnier Honorius Minay Booka

Ministre de la Justice et Garde des Sceaux

Palais de Justice

Me Tshibangu Kalala

Cabinet Kikangala & Associés

Date d'envoi aux parties : le 29 juillet 2008

TABLE DES MATIERES

A. HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE	1
<i>Enregistrement de la requête d'arbitrage</i>	1
<i>Constitution du Tribunal arbitral et engagement de la procédure</i>	2
<i>Procédures écrite et orale</i>	4
B. CONSIDERATIONS	6
<i>L'existence et la teneur des contrats de construction</i>	7
<i>La cession de créance</i>	17
<i>L'existence d'un investissement</i>	24
<i>La question du contrôle et de la nationalité</i>	29
<i>L'exigence de négociations préalables</i>	36
<i>Le moment de la naissance du différend</i>	37
C. FRAIS	44
D. SENTENCE	44

A. HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE

Enregistrement de la requête d'arbitrage

1. Le 2 septembre 2005, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (« CIRDI » ou le « Centre ») a reçu une requête d'arbitrage, datée du 31 août 2005, contre la République démocratique du Congo (« RDC » ou la « Défenderesse ») présentée par African Holding Company of America, INC (« African Holding »), entreprise constituée aux termes de la législation de l'État du New Jersey, et par la Société africaine de construction au Congo S.A.R.L « SAFRICAS », société constituée aux termes de la législation du Congo (l'une et l'autre ci-après dénommées les « Demanderesses »). La requête invoquait les dispositions relatives à l'arbitrage du CIRDI figurant dans le traité conclu en 1984 entre les États-Unis et la République du Zaïre sur la promotion et la protection réciproques des investissements, qui est entré en vigueur le 28 juillet 1989 (le « Traité » ou le « TBI »).¹

2. Le 2 septembre 2005, le Centre, conformément à l'article 5 du Règlement de procédure du CIRDI relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage (« Règlement d'introduction des instances »), a accusé réception de la requête et demandé aux parties Demanderesses de fournir les coordonnées de la Défenderesse conformément à l'article 2 du Règlement d'introduction des instances. Les parties Demanderesses ont fourni ces renseignements au Centre le 12 septembre 2005. Le même jour, le Centre a transmis une copie de la requête à la Défenderesse et à l'Ambassade de la RDC à Washington, DC.

¹ Traité conclu entre les États-Unis d'Amérique et la République du Zaïre concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, avec Protocole, signé à Washington, DC le 3 août 1984 (ci-après « Traité bilatéral d'investissement » ou « TBI »).

3. Le 5 octobre 2005, le Centre a invité les parties Demanderesses à préciser qu'il y avait, en l'occurrence, un investissement au sens de la Convention du CIRDI et du TBI. Les parties Demanderesses ont répondu aux questions du CIRDI le 6 octobre 2005.

4. Le 11 octobre 2005, le Centre a invité les parties Demanderesses d'une part à préciser davantage si les biens visés par elles dans leur requête i) satisfont à la condition selon laquelle le différend résulte d'un investissement au sens de l'article 25 de la Convention du CIRDI ; et ii) s'ils sont liés ou non à une transaction commerciale ordinaire, et d'autre part à exposer dans le détail les effets sur African Holding de la subrogation effectuée par SAFRICAS. Les parties Demanderesses ont répondu aux questions du Centre le 14 octobre 2005. À la même date, le Centre a demandé aux parties Demanderesses un complément d'information sur le contrôle exercé sur SAFRICAS par des intérêts étrangers au moment du consentement à l'arbitrage aux termes de l'article 25(2)(b) de la Convention du CIRDI. Les parties Demanderesses ont répondu aux questions supplémentaires du Centre le 17 octobre 2005.

5. Le 27 octobre 2005, le Secrétaire général du CIRDI a enregistré la requête conformément à l'article 36(3) de la Convention du CIRDI, et ce, sans préjudice du pouvoir du Tribunal de se prononcer sur tout déclinatoire de compétence pouvant être formulé. À la même date, le Secrétaire général a invité les Parties à procéder à la constitution d'un tribunal arbitral le plus tôt possible.

Constitution du Tribunal arbitral et engagement de la procédure

6. Le 6 janvier 2006, les parties Demanderesses ont nommé M. O.L.O. de Witt Wijnen, ressortissant néerlandais, en tant qu'arbitre et le 21 avril 2006, la Défenderesse a nommé en tant qu'arbitre Mme Teresa Giovannini, ressortissante suisse. En ce qui

concerne le troisième arbitre et Président du Tribunal, le Centre a nommé, après consultation des Parties, le Professeur Ahmed El-Kosheri, ressortissant égyptien.

7. Les trois arbitres ayant accepté leur nomination, le Centre a, par lettre du 4 mai 2006, notifié aux Parties la constitution du Tribunal arbitral et l'engagement de la procédure, le même jour, en vertu de l'article 6(1) du Règlement d'arbitrage du CIRDI. Par la même communication, le Centre a informé les Parties que M. Florian Grisel, Conseiller juridique du CIRDI, assumerait le rôle de Secrétaire du Tribunal. M. Grisel a été remplacé par la suite par Mme Claudia Frutos-Peterson, Conseillère juridique du CIRDI.

8. Le 11 mai 2006, les parties Demanderesse ont introduit une demande de récusation de Mme Teresa Giovannini. Le 17 mai 2006, suite à la démission de Mme Teresa Giovannini, le Secrétaire général par intérim du CIRDI a notifié aux parties l'existence d'une vacance au Tribunal et la suspension de la procédure, conformément à l'article 9(6) du Règlement d'arbitrage du CIRDI.

9. Par lettre du 28 juin 2006, la Défenderesse a nommé le Professeur Dominique Grisay, ressortissant belge, en tant qu'arbitre.

10. Le 6 juillet 2006, le Centre a informé les Parties que le Professeur Grisay avait accepté sa nomination et que le Tribunal arbitral était reconstitué et que la procédure avait repris conformément à l'article 12 du Règlement d'arbitrage du CIRDI.

11. Par la suite, le 23 février 2007, le Centre a notifié aux Parties la démission du Professeur El-Kosheri du poste de Président du Tribunal et déclaré la suspension de la procédure jusqu'à ce qu'il soit pourvu à la vacance causée par la démission du Professeur El-Kosheri.

12. Conformément à l'article 10(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, et après consultation avec les Parties, le Centre a nommé le Professeur Francisco Orrego Vicuña, ressortissant chilien, en tant que troisième arbitre assumant la présidence du Tribunal, en remplacement du Professeur El-Kosheri. Le 17 avril 2007, le Centre a informé les Parties que le Tribunal arbitral était considéré reconstitué et la procédure a repris conformément à l'article 12 du Règlement d'arbitrage du CIRDI.

Procédures écrite et orale

13. En vertu de l'article 13(1) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, la première session du Tribunal en présence des Parties a eu lieu le 6 septembre 2006 au siège européen de la Banque mondiale à Paris en France. Au cours de la première session, plusieurs points de procédure, indiqués dans un ordre du jour provisoire distribué à l'avance par le Secrétaire du Tribunal, ont été examinés et des accords ont été conclus, y compris sur un calendrier de dépôt des écritures par les Parties. Tous les accords ont été consignés dans le procès-verbal écrit signé par le Président et le Secrétaire du Tribunal, et une copie a été remise aux Parties.

14. Conformément au calendrier convenu, le 18 octobre 2006, les parties Demanderesses ont déposé leur mémoire sur le fond et le 22 décembre 2006, la Défenderesse a déposé son mémoire sur la compétence.

15. Le 17 janvier 2007, le Tribunal a publié son Ordonnance de procédure No 1 par laquelle il a décidé : i) que les Demanderesses devaient soumettre, le vendredi 26 janvier 2007, leur contre-mémoire sur les déclinatoires de compétence de la partie défenderesse ; ii) que la partie défenderesse pouvait répondre au contre-mémoire des Demanderesses dans un délai de 15 jours à dater de sa réception ; iii) que, en conformité avec les dispositions de l'article 41 de la Convention du CIRDI et de l'article 41 du

Règlement d'arbitrage du CIRDI applicable en l'espèce, le Tribunal arbitral rendra sa décision sur la question de savoir si les déclinatoires de compétence doivent être traités à titre préliminaire ou doivent être joints au fond ; et iv) que si le Tribunal arbitral décide d'examiner les déclinatoires de compétence avec les questions de fond, les délais accordés lors de la première session du Tribunal arbitral en présence des Parties seront applicables.

16. Conformément aux instructions données par le Tribunal dans son Ordonnance de procédure No 1, les parties Demanderesses ont déposé, le 26 janvier 2007, leur contre-mémoire sur les déclinatoires de compétence élevés par la Défenderesse et la Défenderesse a soumis, le 16 février 2007, sa réponse sur la compétence. Par la suite, le Tribunal a décidé que les parties Demanderesses pouvaient déposer une réplique sur la compétence, ce qu'elles ont fait le 10 juillet 2007.

17. Après consultation avec les Parties, le Tribunal a prévu une audience sur la compétence pour le 2 et (le cas échéant) le 3 octobre 2007 à Paris en France.

18. À l'audience, les parties Demanderesses étaient représentées par MM. David W. Rivkin et Barton Legum et par Mmes Yulia Andreeva et Anne-Sophie Dufêtre, tous du cabinet d'avocats Debevoise & Plimpton LLP, ainsi que par M. David A. Saltman du cabinet d'avocats David A. Saltman. Ont également pris part à l'audience pour le compte des parties Demanderesses, MM. Daniel Blattner et James Blattner de African Holding Co. et SAFRICAS. MM. Rivkin, Legum et Saltman, ainsi que Mme Andreeva sont intervenus devant le Tribunal au nom des parties Demanderesses.

19. La Défenderesse était représentée par Maître Tshibangu Kalala, Maître Kikangala Ngoie, Mme Ngoya Tshibangu et M. Mukendi Tshibangu tous du Cabinet

Kikangala & Associés. Seul Maître Tshibangu est intervenu devant le Tribunal pour le compte de la Défenderesse.

20. Au cours de l'audience, le Tribunal a posé plusieurs questions aux Parties.

21. Le Tribunal a délibéré par divers moyens de communication.

B. CONSIDERATIONS

22. La Défenderesse a soulevé des déclinatoires de compétence concernant le Tribunal ainsi que des questions de recevabilité basées sur différents motifs. Le premier déclinatoire concerne SAFRICAS, la Défenderesse soutenant que cette Demanderesse n'a pas apporté la preuve de l'existence du contrat ou des contrats de construction sur lesquels se fonderait la dette alléguée de la RDC envers les Demanderesses. La Défenderesse souhaite d'autre part que la demande d'arbitrage présentée par la société soit déclarée irrecevable parce que SAFRICAS ne possède pas la nationalité des États-Unis comme l'autre Partie contractante, et enfin parce qu'elle n'a pas un intérêt juridique à faire valoir dans cette affaire car elle a cédé l'encours de sa créance à African Holding.

23. Un déclinatoire de compétence distinct concerne African Holding dans la mesure où il est soutenu d'une part que cette société n'a pas réalisé un investissement en RDC et qu'il n'existe par conséquent pas de différend d'ordre juridique qui soit en relation directe avec un investissement et d'autre part qu'en tout état de cause, cette Demanderesse n'a pas eu recours aux négociations préalables requises en application du Traité. Le Tribunal examinera les faits sur lesquels se fonde chaque déclinatoire et les arguments des parties à l'appui ou à l'encontre desdits déclinatoires afin de parvenir à

ses conclusions sur la question de savoir s'il a compétence pour statuer sur le fond ou si la demande d'arbitrage devrait être déclarée irrecevable.

L'existence et la teneur des contrats de construction

24. Le premier déclaratoire soulevé par la Défenderesse est lié au fait qu'il n'existe au dossier aucune copie d'un contrat de construction qui aurait été conclu avec la RDC et que, par conséquent, ni sa date de signature ni son contenu juridique ne sont connus. De l'avis de la Défenderesse, cette situation en elle-même excluerait la compétence du Tribunal car il n'existe aucun différend relatif à un investissement ou l'autorisation d'un investissement et il n'existe aucun droit précis des Demanderesses en application du Traité bilatéral sur les investissements qui aurait pu être violé.

25. Les Demanderesses sont d'un avis contraire, faisant valoir qu'il n'y a pas de contrats disponibles pour la simple raison qu'ils ont été perdus ou détruits au cours des troubles civils et des pillages qui ont eu lieu à Kinshasa en 1991 et 1993. En dépit de cela, les Demanderesses estiment que la RDC a reconnu à deux occasions distinctes l'existence et le contenu des contrats et de sa dette envers SAFRICAS. La première desdites occasions était les travaux de la Commission de certification de la dette publique intérieure que le Gouvernement congolais a créée en 1998. Cette Commission a établi que les dettes envers SAFRICAS étaient toutes bien étayées par des pièces justificatives et en a certifié le montant précis.

26. La seconde occasion où la RDC a reconnu l'existence et le contenu des contrats était le Rapport établi par le cabinet d'expertise comptable de PricewaterhouseCoopers (« Rapport de PwC ») qui a été retenu par le Gouvernement pour procéder à un audit de sa dette publique. Ce Rapport a également confirmé les montants dus à SAFRICAS et a été, en outre, publié au Journal officiel de la RDC. La Commission de certification de la

dette publique intérieure a informé tous les créanciers qu'ils avaient trente jours pour contester ce Rapport et a ainsi reconnu la certification des auditeurs.

27. Les Demanderesses affirment que l'existence des contrats a été corroborée par le témoignage de M. Raphaël Kambere Mukulukulu, qui avait la connaissance directe des travaux effectués par SAFRICAS². En fait, ce témoin a été le superviseur d'un grand nombre des travaux exécutés. Une deuxième attestation de M. Kambere a accompagné les « Lettres de commande » que les Demanderesses ont pu retrouver au cours de leur recherche constante de documents³.

28. À l'occasion de la première réunion avec les parties, le Tribunal a demandé le point de vue de la RDC concernant le Rapport de PwC et ses pièces justificatives. L'Ordonnance de procédure n° 2, en date du 23 janvier 2007, demandait à la RDC d'adopter toutes les mesures nécessaires pour obtenir de PwC les documents relatifs aux contrats que cette société pourrait avoir. PwC a informé le Tribunal le 2 février 2007 qu'elle avait rendu tous lesdits documents à la RDC. Le 22 mai 2007, le Tribunal a demandé aux deux parties de rechercher et de lui communiquer lesdites informations. Les deux parties ont informé le Tribunal que les recherches effectuées à des moments différents étaient restées infructueuses.

29. La Défenderesse n'accorde aucune importance à ces éléments de preuve dans la mesure où, à son avis, la Commission de certification de la dette publique intérieure et le Rapport de PwC ont uniquement effectué une réconciliation des comptes et n'ont à aucun moment examiné ou réglé la question de l'existence d'éléments de preuve suffisants sur lesquels se fonderaient lesdits comptes, encore moins celle de l'existence de contrats. En outre, la Défenderesse considère l'attestation de M. Kambere comme

² Voir l'attestation de M. Raphaël Kambere Mukulukulu du 10 octobre 2006, paras. 2-4.

³ Deuxième attestation de M. Raphaël Kambere Mukulukulu du 10 juillet 2007, para. 4.

n'ayant aucune valeur car le témoin est un salarié de SAFRICAS et partant, manque de crédibilité. À son avis, l'existence éventuelle d'une dette ne prouve pas non plus l'existence d'un contrat et, de plus, ne signifie pas qu'il existait un investissement qui serait digne d'être protégé en application de la Convention du CIRDI.

30. Les parties se sont aussi longuement expliquées sur la charge de la preuve en rapport avec l'existence des contrats. Alors que la Défenderesse estime qu'il appartient aux Demanderesses de prouver les obligations juridiques sur lesquelles se fondent ses réclamations, les Demanderesses sont d'avis qu'en raison de nombreux éléments de preuve qu'elles ont fournis sur la reconnaissance de la créance, il appartient à la RDC de prouver que lesdits contrats n'ont pas existé. Le 27 septembre 2007, les Demanderesses ont introduit une motion demandant au Tribunal de tirer une conclusion négative du fait que la Défenderesse n'a pas été en mesure de fournir des éléments de preuve.

31. Le Tribunal est convaincu que les critères repris aux articles 1 et 8 du Décret du 30 juillet 1888⁴ pour établir l'existence d'un contrat ont été remplis de manière satisfaisante dans le cas d'espèce. Les contrats avaient pour objet l'exécution d'un certain nombre de travaux publics pour lesquels un prix avait été fixé, le consentement auxdites obligations réciproques n'a pas été contesté et la cause d'un tel engagement est en elle-même conforme au droit.

32. En outre, les contrats ne doivent pas nécessairement être conclus par écrit aux termes de la législation congolaise ou du droit international. En fait, l'article 1.2 des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international dispose

⁴ Les Codes Larcier, République Démocratique du Congo, Vol. 1 (2003) p. 149 (annexe au Mémoire des Demanderesses, tab. 13).

expressément qu'un contrat ne doit pas nécessairement être conclu ou constaté par écrit et qu'il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins⁵.

33. En fait, un témoin a expliqué à l'audience que « [i]l n'y a jamais eu de refus de contrat. ... Nous avons présenté les contrats, les lettres de commande pour lesquels on nous a passé le marché, on a présenté les factures, la facturation des travaux exécutés, et puis la discussion, disons les appréciations portaient sur le montant de la facture sur les travaux réalisés⁶. » L'existence des contrats en tant que tels est de ce fait corroborée par des éléments de preuve convaincants.

34. Un point essentiel sur lequel le Tribunal doit se prononcer est celui de savoir si en sus de la reconnaissance d'une dette découlant de tels engagements il faut reconnaître l'existence de contrats qui pourraient remplir les conditions nécessaires pour bénéficier d'une protection en application d'un traité bilatéral sur les investissements. La Défenderesse a raison de relever le fait inhabituel que le dossier ne contient pas un seul contrat sur lequel se fondent les droits des Demanderesses. Cependant, les arguments avancés par les Demanderesses concernant les travaux de la Commission de la dette publique et le Rapport de PwC sont convaincants dans la mesure où on ne se serait guère attendu qu'un gouvernement ou toute autre entité rembourse une dette qui n'est assortie d'aucune obligation juridique. On ne s'attendrait pas non plus à ce qu'une entreprise de construction consacre de grosses dépenses à des travaux publics sans la protection d'un droit sur lequel baser une demande de paiement.

35. On parvient à la même conclusion en examinant l'affaire sous l'angle des Principes d'UNIDROIT visés plus haut, en particulier du fait qu'aux termes de l'article

⁵ Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, UNIDROIT (2004) article 1.2.

⁶ Attestation de M. Raphaël Kambere Mukulukulu, transcription en français de l'audience sur la compétence, première journée (2 octobre 2007), p. 69.

2.1.1, un contrat peut aussi se déduire du comportement des parties qui indique suffisamment leur accord, ce qui est tout à fait le cas ici bien qu'aucun texte écrit n'ait été produit.

36. On ignore si PwC a examiné des contrats dans la mesure où cette société a informé les parties qu'elle a restitué au Gouvernement de la RDC tous les documents à sa disposition et qu'elle ne disposait d'aucune autre source d'information. De même, les personnes qui ont participé à cet audit particulier ne travaillaient plus pour PwC, ce qui fait que le Tribunal ne pouvait pas non plus les entendre en tant que témoins bien qu'il en ait fait la demande. A supposer même que PwC ait limité son audit à la réconciliation des factures, il reste que les factures n'ont fait l'objet d'aucune objection de la part de la Commission ou de PwC. Le fait que ce rapport ait été publié au Journal officiel constitue également un élément convaincant dans la mesure où aucun gouvernement ne publie ainsi une telle information s'il n'a pas l'intention de faire face à un certain type d'obligation juridique, un fait qui est également corroboré par le délai de trente jours qui a été donné aux créanciers pour contester les constatations du Rapport. C'est là précisément une conséquence juridique émanant d'une telle publication.

37. Le Tribunal a aussi examiné le Communiqué officiel publié par la Commission de la dette publique au sujet du rapport de PwC. Ce document énumère les différentes entreprises qui avaient demandé la certification des montants des créances de l'État (« Créances de l'Etat ») et explique que le délai de trente jours mentionné plus haut concerne uniquement les dossiers en instance, une catégorie qui comprend, entre autres cas, les dossiers « pour lesquels l'Auditeur n'a pas pu s'assurer de manière satisfaisante de la réalité de la prestation ou du service et/ou de l'évaluation correcte des montants réclamés faute d'une documentation probante dans le dossier, conformément aux

critères requis par les dispositions légales et réglementaires⁷. » Par déduction, cela signifie que les dossiers qui ont été certifiés et n'étaient pas contestables étaient considérés comme ayant apporté la preuve de l'exécution des travaux et des montants impliqués.

38. Un témoin a expliqué lors de l'audition que «...Pricewaterhouse a travaillé en parcourant ces documents requis par la réglementation...» et que PriceWaterhouse a fait plus qu'un simple examen des documents. Elle a aussi visité les bureaux de certains bénéficiaires pour voir si ce que réclamaient les Demanderesses était juste⁸.

39. Le Tribunal n'est pas non plus persuadé par l'argument que l'attestation de M. Kambere doit être rejetée aux motifs qu'il est un salarié de l'une des parties Demanderesses. Si cette attestation n'a pas normalement la même importance que celle d'un témoin indépendant, le Tribunal a estimé que les réponses données par le témoin au Tribunal lors de la procédure orale étaient raisonnables et crédibles.

40. Un argument a également été invoqué concernant le fait qu'une société différente appartenant à la famille Blattner a participé au processus de renégociation et a accepté les montants que le Gouvernement était disposé à payer, ce qui montre qu'il n'y avait pas de raison de recourir à l'arbitrage du CIRDI concernant les créances. Au cours de l'audition de M. Daniel Blattner par le Tribunal, il a été expliqué que cette démarche différente répondait au fait que les montants concernés dans ce cas n'étaient pas comparables à ceux qui étaient en jeu dans la procédure d'arbitrage. Le Tribunal estime également que cette situation est différente. Une dette d'un montant moins élevé pourrait justifier une démarche différente de celle utilisée pour un montant plus élevé

⁷ Communiqué officiel du Ministère des Finances de la RDC, Commission de la dette publique de la RDC (28 juin 2004) para. b (enregistrée en tant qu'annexe 22 du Mémoire des Demanderesses).

⁸ Attestation de M. Roger Ganzumba, transcription en français de l'audience sur la compétence, première journée (2 octobre 2007) pp. 63-64.

étant donné, qu'en l'occurrence, le problème consistait à se satisfaire d'une fraction du montant réclamé.

41. En tout état de cause, cette autre renégociation concernait une société différente active dans le domaine de l'aviation civile, à savoir la Compagnie africaine d'aviation (« CAA »), dont certains aéronefs avaient été réquisitionnés par le Gouvernement congolais. L'attestation de M. Roger Ganzumba, qui représentait la CAA dans le processus de renégociation, expose les détails de cette procédure de certification et de renégociation. Une attestation de M. Daniel Blattner explique également que jusqu'à présent, seuls trois versements de la dette renégociée ont été effectués⁹.

42. Le Tribunal accepte l'argument de la Défenderesse selon lequel la charge de la preuve ne peut être renversée en l'obligeant à prouver le fait négatif de l'inexistence des contrats. Cette charge incombe aux Demanderesses qui cherchent à percevoir une créance dont le titre juridique doit être établi. De ce fait, le Tribunal rejette la motion des Demanderesses à l'effet de tirer une conclusion négative du fait que la RDC n'a pas été en mesure de fournir les documents demandés au sujet du rapport de PwC.

43. Cependant, cette constatation ne change pas les conclusions du Tribunal selon lesquelles les éléments de preuve fournis par les Demanderesses pour prouver l'existence des contrats sont suffisants, quoiqu'indirects, compte tenu des circonstances. Étant donné la situation qui prévalait à Kinshasa aux périodes concernées, qui est bien connue et n'est pas contestée par la Défenderesse, le Tribunal ne saurait ne pas tenir compte du fait qu'il est probable que les contrats aient été perdus lors des pillages et des troubles civils, comme les Demanderesses l'ont expliqué.

⁹ Deuxième attestation de M. Daniel Blattner du 25 janvier 2007, paras. 4-6.

44. L'attestation de M. Daniel Blattner au sujet des pillages et des destructions dont les bureaux de la société ont été la cible, tout comme de nombreuses autres sociétés à Kinshasa, a été examinée en détail au cours de l'audition de ce témoin par le Tribunal, est crédible et doit être prise en compte¹⁰. De même, M. Kambere a confirmé ces événements malheureux¹¹. Les pillages ont également été bien décrits dans l'affaire *AMT c. Congo*¹².

45. Le Décret du 30 juillet 1888 prévoit une exception à l'obligation de présentation normale des éléments de preuve lorsqu'une telle exception est justifiée « au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu ou résultant d'une force majeure¹³. » Par ailleurs, le même texte prévoit une exception à la preuve directe lorsqu'il « existe un commencement de preuve par écrit, » défini comme « tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué¹⁴. »

46. Que la situation dans le cas d'espèce puisse techniquement être assimilée à un cas fortuit ou imprévu ou un cas de force majeure — le dernier cas ayant été allégué par les Demanderesses — n'a guère d'importance dans la mesure où les exceptions juridiques relevées s'appliqueraient en tout état de cause en raison des circonstances de l'affaire.

¹⁰ Attestation de M. Daniel Blattner du 17 octobre 2006, para. 8-12.

¹¹ Attestation de M. Kambere Mukulukulu, para. 6-8.

¹² *American Manufacturing & Trading, Inc. c. République démocratique du Congo* (Affaire CIRDI No ARB/93/1), Sentence du 21 février 1997.

¹³ Article 224(4) du Décret du 30 juillet 1888, repris dans Les Codes Larcier, République Démocratique du Congo, Vol. 1 (2003).

¹⁴ *Ibid.*, Art. 223.

47. Les Lettres de commande présentées à titre de preuve constituent une solide indication qu'il y avait une relation juridique entre les parties car sans cela, aucun gouvernement n'aurait autorisé des travaux publics qu'il devait payer¹⁵.

48. En fin de compte, la Défenderesse affirme qu'il n'y a pas de contrats parce que les marchés de travaux ont été obtenus au moyen de pratiques de corruption du régime Mobutu dans lesquelles la société SAFRICAS était lourdement impliquée, ces pratiques consistant en surfacturations, paiements occultes et autres anomalies.

49. La Défenderesse a soutenu lors de l'audition et dans une correspondance ultérieure¹⁶ que cette situation était particulièrement évidente dans le cadre des marchés de gré à gré, c'est-à-dire des contrats conclus par l'administration et l'entité de son choix sans appels d'offres publics, méthode qui, aux termes de la législation congolaise, est limitée à des marchés d'un montant maximum de 5 000 dollars. La société SAFRICAS obtenait des Lettres de commande pour des montants atteignant 1 700 555 dollars, ce qui est sensiblement supérieur au plafond légal, et tous les documents de ce type introduits avec la deuxième attestation de M. Kambere concernent des montants supérieurs à ce plafond. De l'avis de la Défenderesse, cette pratique était non seulement illégale mais ne peut s'expliquer qu'à la lumière des actes de corruption et des paiements occultes mentionnés plus haut.

50. Les parties Demanderesses ont expliqué dans ce contexte que le plafond indiqué dans l'argument de la RDC ne concerne qu'un seul des quatorze cas dans lesquels l'Ordonnance No 69-054 sur les marchés de gré à gré permet ce type de contrat¹⁷. Au nombre d'autres circonstances qui ne sont pas aussi restrictives figurent l'exécution de

¹⁵ Documents présentés avec la deuxième attestation de M. Kambere Mukulukulu.

¹⁶ Voir la lettre de la Défenderesse datée du 11 octobre 2007.

¹⁷ Voir la lettre des Demanderesses du 31 octobre 2007.

travaux supplémentaires, les situations d'urgence et les travaux pour lesquels la concurrence normale est limitée par la situation du marché. Il est aussi rappelé à cet égard que l'attestation de M. Kambere à l'audition expliquait que les contrats de gré à gré de SAFRICAS ont été conclus en raison des certaines circonstances, en particulier parce que SAFRICAS était la seule société de la place capable d'exécuter les travaux demandés par le Gouvernement¹⁸. Les Demanderesses rejettent de ce fait toute allégation d'illégalité voire de surfacturation ou de corruption.

51. Le Tribunal doit cependant noter que dans sa deuxième attestation, M. Kambere a déclaré que pour autant qu'il s'en souviene, SAFRICAS n'avait « jamais » conclu de contrats de gré à gré et n'obtenait les marchés de travaux que par voie d'appel d'offres public¹⁹. Compte tenu de son témoignage lors de l'audition, il semble que ses souvenirs soient erronés car la société avait en fait conclu ce type de contrat. La contradiction peut tenir au fait que les Lettres de commande ont été trouvées lors d'une recherche ultérieure de documents. Le Tribunal ne voit pas dans cette situation un signe de manque de sincérité.

52. Le Tribunal est disposé à considérer toute pratique de corruption comme une affaire très grave, mais exigerait une preuve irréfutable de cette pratique, telle que celles qui résulteraient de poursuites criminelles dans les pays où la corruption constitue une infraction pénale. En revanche, si PwC s'était rendue compte dans son examen des comptes que les contrats auraient pu avoir été accordés à SAFRICAS à des prix dépassant les prix du marché, il est fort probable que les montants déterminés comme étant dus par la RDC auraient été réduits à due conséquence.

¹⁸ Attestation de M. Kambere Mukulukulu, transcription en français de l'audience sur la compétence, première journée (2 octobre 2007) p. 74.

¹⁹ Deuxième attestation de M. Kambere Mukulukulu, para. 2.

53. Une telle preuve n'a cependant pas été présentée par la Défenderesse, qui fonde ses allégations sur des considérations générales concernant la période Mobutu et les événements politiques connexes. Le Tribunal ne saurait admettre une telle accusation ni accepter que cela affecte d'une manière quelconque les relations juridiques entre les parties ; il rejette de ce fait de telles allégations.

54. La sentence rendue dans l'affaire *World Duty Free c. Kenya*²⁰, qui a confirmé le bien-fondé des déclinatoires de compétence en raison des pratiques de corruption, a été invoquée par la partie défenderesse dans ce contexte. Toutefois, cette affaire confirme la conclusion à laquelle est parvenu ce Tribunal sur l'affaire dans la mesure où il existe des preuves irréfutables de la corruption sous forme de paiements occultes reconnus par la Demanderesse elle-même²¹, ce qui n'est pas le cas ici.

55. Le Tribunal s'inquiète de constater qu'un certain nombre d'administrations des parties défenderesses dans des cas d'arbitrage international ont recours à des allégations de corruption pour empêcher que le tribunal ne se déclare compétent ou pour en influencer la décision sur le fond, ce qui constitue une raison supplémentaire pour laquelle la norme de la preuve doit, à cet égard, être particulièrement élevée.

56. Le Tribunal estime en conclusion que ce déclinatoire concernant sa compétence doit être rejeté car l'existence de contrats est largement établie eu égard aux circonstances.

La cession de créance

57. Le 1^{er} octobre 2004 SAFRICAS a cédé, sans aucune réserve, sa créance à African Holding, société constituée aux États-Unis. L'acte de cession de créance a été

²⁰ *World Duty Free Company Limited c. République du Kenya* (Affaire CIRDI No ARB/00/7), Sentence du 4 octobre 2006.

²¹ *Ibid.*, para. 136.

notifié à l'État congolais le 5 octobre 2004. La RDC affirme qu'en conséquence SAFRICAS a perdu tout intérêt juridique pour former un recours contre la Défenderesse et pour agir dans le cadre de la présente instance arbitrale.

58. De l'avis de la Défenderesse, African Holding ne peut pas non plus introduire de demande parce que l'acquisition d'une créance par cession ne constitue pas un investissement au sens de l'article 25(1) de la Convention du CIRDI. Plus spécifiquement, la RDC soutient qu'il n'y a pas eu d'entrée de capitaux dans le pays et qu'il n'existe pas non plus de lien avec une activité économique en RDC. En conséquence, la RDC conteste la compétence du Tribunal et demande que la demande soit jugée irrecevable.

59. Les parties Demanderesses sont cependant d'un avis contraire car la cession avait pour effet de substituer le cessionnaire au cédant et, de ce fait, African Holding a hérité de tous les droits de SAFRICAS, notamment l'investissement que celle-ci avait effectué en vertu des contrats. Les parties Demanderesses s'appuient également sur une lettre du 13 janvier 2004 aux termes de laquelle SAFRICAS conserve un intérêt bénéficiaire éventuel en rapport avec la créance, ce qui lui permet à présent d'engager un recours contre la RDC. Les Demanderesses soutiennent en outre que si SAFRICAS a cédé sa réclamation et son droit d'agir devant le CIRDI à African Holding, celle-ci peut alors invoquer ce droit d'agir, et s'il est considéré que celui-ci n'a pas été cédé, il reviendra alors à SAFRICAS d'agir. En outre, l'intérêt bénéficiaire que SAFRICAS a conservé permet aux deux sociétés d'être les Demanderesses appropriées dans cette affaire.

60. La première question à laquelle le Tribunal doit répondre est celle de savoir s'il y a eu ou pas cession de créances dans la transaction entre les deux sociétés. Les

Demanderesses et la Défenderesse sont du même avis en ce qui concerne l'effet juridique d'une cession de créances, qui consiste simplement à substituer le cessionnaire au cédant. Tous les droits qu'avait SAFRICAS seraient devenus, en conséquence, les droits d'African Holding. Les parties Demanderesses ont raison de faire remarquer que le caractère légal de la cession de créance, aussi bien aux termes de la législation congolaise²² que du droit français dont elle s'inspire²³, ne transforme pas les droits en cause et ne se traduit pas par la novation des obligations. Les dettes demeurent donc les mêmes.

61. Les deux parties conviennent également que le cédant ne peut pas céder plus de droits qu'il n'en a. Les limites de la cession étaient devenues manifestes dans l'affaire *Mihaly c. Sri Lanka*²⁴ et ont aussi été examinées par les parties à la présente affaire dans le contexte de l'affaire *Banro c. Congo*²⁵, qui porte également sur une réclamation contre la RDC devant le CIRDI. Dans cette affaire, un investisseur canadien avait cédé à une filiale américaine les actions qu'il détenait dans une société locale dont les avoirs avaient été saisis, et cette cession était intervenue après la saisie. Dans cette affaire, le tribunal s'était déclaré incompétent du fait que la RDC n'avait accepté l'arbitrage qu'avec la société canadienne et sa filiale locale, et non pas avec une filiale américaine. Étant donné que le Canada n'est pas partie à la Convention du CIRDI, la société canadienne n'avait pas le droit d'engager cette procédure d'arbitrage et ne pouvait donc pas céder à la filiale américaine des droits qu'elle n'avait pas. La Défenderesse a

²² Décret du 30 juillet 1888, Article 355.

²³ Cour de cassation française. Voir le contre-mémoire des Demanderesses, note de bas de page 26.

²⁴ *Mihaly International Corporation c. République démocratique socialiste du Sri Lanka* (Affaire CIRDI No ARB/00/2), Sentence du 15 mars 2002, para. 24.

²⁵ Ouverture de la plaidoirie de la Défenderesse, transcription en français de l'audience sur la compétence, première journée (2 octobre 2007) pp. 20-24 ; lettre des Demanderesses datée du 19 octobre 2007 (*discutant Banro American Resources, Inc. et Société aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. c. République démocratique du Congo* (Affaire CIRDI No ARB/98/7), Sentence du 1 septembre 2000).

affirmé à juste titre à l'audition que le tribunal dans l'affaire *Banro* a rejeté la cession d'actions comme étant un « montage juridique. »

62. Les parties Demanderesse ont cependant établi de manière convaincante une distinction entre cette affaire et la présente instance, dans laquelle African Holding « ne cherche pas à affirmer un droit que SAFRICAS n'avait pas » et dans laquelle la cession de créance se jouait entre une société qui avait la nationalité d'un État contractant (SAFRICAS) et une autre société qui avait également la nationalité du même État contractant (African Holding), cet État contractant étant les États-Unis. Alors que la situation d'avant 2000 était différente, en ce sens que SAFRICAS appartenait à des investisseurs belges, au moment de la cession de créance l'unique nationalité pertinente était celle des États-Unis. Le Tribunal reviendra plus loin sur le différend entre les parties concernant la nationalité de SAFRICAS et son contrôle par des citoyens américains.

63. Le Tribunal conclut de ce fait sur ce point que tous les droits que détenait SAFRICAS ont été cédés à African Holding, en ce compris les créances et le consentement à l'arbitrage étant donné que l'État dont les ressortissants bénéficient du consentement exprimé sous le traité bilatéral d'investissement n'a pas changé. La situation, dans le cas d'espèce, est clairement différente de celle des affaires *Mihaly* et *Banro*, dans lesquelles une société canadienne tentait de céder des droits qu'elle n'avait pas.

64. La deuxième question que le Tribunal doit trancher concernant la cession de créance est celle de savoir si SAFRICAS a toujours un intérêt juridique à agir en son nom propre ou bien si elle a irrémédiablement perdu cet intérêt en raison de la cession à African Holding, qui serait dès lors seule à avoir la qualité de partie demanderesse dans

la présente instance. L'acte de cession a normalement pour effet de substituer entièrement le cessionnaire au cédant, sauf dans la mesure où le cédant aurait encore un droit qui lui soit propre.

65. Comme on l'a relevé plus haut, le maintien d'un intérêt bénéficiaire pour SAFRICAS n'était pas mentionné dans l'instrument de cession, il l'était par contre dans une lettre distincte datée du 13 janvier 2004, c'est-à-dire avant que la cession réelle ne soit effectuée le 1^{er} octobre de la même année. La lettre n'a été ni reproduite ni visée dans l'acte de cession. La RDC n'a pas non plus été informée de cette lettre lorsque l'acte de cession de créance lui a été notifié. La Défenderesse estime qu'il s'agit d'une manœuvre très irrégulière qui, conjuguée au fait que la RDC n'a pas été informée de la lettre, prive celle-ci de toute valeur et dénote des combines obscures.

66. Les parties ont examiné dans cet autre contexte l'affaire *CSOB c. République slovaque*²⁶ dans laquelle s'est également posée la question de l'intérêt bénéficiaire. Si les parties Demanderesse estiment que cette affaire corrobore leur point de vue dans la présente instance, compte tenu en particulier du fait que le tribunal a rejeté les déclinatoires de compétence soulevés au sujet d'une cession qui a privé la partie demanderesse de sa qualité, la Défenderesse maintient que cette affaire est différente et n'est pas pertinente au motif qu'à la différence de la présente instance, l'intérêt bénéficiaire était expressément sauvegardé dans l'acte de cession.

67. Dans l'affaire *CSOB*, le tribunal a en fait estimé que la cession ne privait pas la partie demanderesse de son statut compte tenu de son intérêt bénéficiaire dans l'issue de l'arbitrage. La cession dans cette affaire, comme la partie demanderesse l'a fait remarquer, était un acte juridique opposable entre la partie demanderesse et le ministère

²⁶ *Československa obchodní banka, a.s. c. République slovaque* (Affaire CIRDI No ARB/97/4), Décision du Tribunal sur la compétence du 24 mai 1999.

tchèque des Finances, en dépit du fait que le tribunal a conclu que le différend n'avait pas été transformé en un différend entre États comme la partie défenderesse l'avait soutenu en contestant la compétence.

68. Il continue cependant de se poser dans la présente instance la question de savoir pourquoi l'intérêt bénéficiaire n'a pas été mentionné dans l'acte de cession et n'a pas été signalé à la Défenderesse lorsque l'acte lui a été notifié. Cela est bien étrange et bien que la transaction ait pu impliquer la plupart des mêmes actionnaires dans l'une ou l'autre société, juridiquement elle n'a pas été enregistrée de la manière appropriée.

69. Les parties Demanderesses ont expliqué qu'étant donné que les deux sociétés étaient contrôlées par la même famille Blattner il s'agissait d'une situation dans laquelle l'argent était pris d'une poche pour être mis dans une autre poche. M. Blattner a indiqué pendant l'audience que Safricas et African Holding sont contrôlées par les mêmes Blattners. Il a aussi mentionné qu'il va de soi que la cession entre elles n'aurait eu aucun effet sur l'objet de la présente instance : « [c'est comme] transférer un objet d'une poche à l'autre²⁷. »

70. Mais ce n'est évidemment pas de cette façon que se passe juridiquement ce type de transaction entre sociétés. Une fois que l'argent ou la créance quitte une poche et entre dans l'autre, seule cette autre poche peut le réclamer ou le recouvrer. Et même s'il y avait eu un partenariat formel, cela ne changerait pas la situation car les limites du partenariat étaient également bien définies dans l'affaire *Mihaly*²⁸, de la même manière qu'une coentreprise n'a pas été autorisée à agir devant le CIRDI dans l'affaire

²⁷ Voir Attestation de M. Blattner, transcription en anglais de l'audience sur la compétence, première journée (2 octobre 2007) pp. 146-147 (traduction du Tribunal). Voir également M. Rivkin (« C'est comme si je décidais de transférer un objet d'une poche à l'autre. L'objet se trouve maintenant dans une poche différente, mais il continue de m'appartenir et c'est toujours le même objet. ») *Ibid.*, p. 117.

²⁸ *Mihaly*, Sentence, para. 22.

*Impregilo*²⁹. Les poches appartiennent peut-être au même pantalon, mais elles n'en restent pas moins des poches différentes.

71. S'il est vrai qu'une transaction complexe peut être exécutée par le biais de dispositions et de contrats différents, il est presque invariablement fait référence aux différentes composantes de la transaction. La lettre en question établit sans aucun doute l'existence d'une obligation juridique entre SAFRICAS et African Holding, mais elle n'est pas opposable à la RDC qui n'est pas partie à ce contrat ni n'a été informée de son existence. Le Tribunal n'a pas de raison de douter de l'existence de ladite obligation entre les deux sociétés ni de croire qu'il y a quelque chose de douteux à son sujet, mais cela n'est pas pertinent pour ce qui est de la compétence du Tribunal. Une fois que la cession a été exécutée, seule African Holding a qualité de cessionnaire des droits juridiquement liés à la RDC aux fins de l'investissement effectué et du consentement donné à l'arbitrage concernant ledit investissement. Ce contrat particulier ne peut pas être considéré comme un contrat d'investissement avec la RDC, c'est un contrat commercial privé entre les deux sociétés.

72. Le Tribunal note en outre que la lettre du 13 janvier 2004 cédait à African Holding la totalité de la créance de SAFRICAS sur la RDC, sans compter quelques différences au sujet de ce qui devait constituer en définitive le montant total réclamé à la RDC. La lettre indiquait ensuite que « tout montant récupéré net des déductions de tous les frais juridiques supérieur à 5 M, doit être versé à SAFRICAS-CONGO s. a. r. l. dans les 10 mois au plus tard³⁰. » Tout paiement de la dette par la RDC sera donc fait à African Holding en tant que cessionnaire, et non pas à SAFRICAS, qui n'aura qu'un

²⁹ *Impregilo S.p.A. c. République islamique du Pakistan* (Affaire CIRDI No ARB/03/3) Décision du Tribunal sur la compétence du 22 avril 2005, paras. 111-134.

³⁰ Lettre adressée par SAFRICAS à African Holding le 13 janvier 2004 (traduction du Tribunal), Joint Annex of Evidence des Demanderesses, Vol. 3, Tab. 3 ; Exhibit C-3(1) to the Requête d'Arbitrage.

droit contractuel envers African Holding pour tout montant supérieur à 5 millions. Cette affaire ne concerne qu'un engagement juridique entre les deux parties, qui est séparé et distinct de toute obligation en vertu d'un traité existant entre African Holding et la RDC. Si une telle disposition peut donner lieu à une réclamation par SAFRICAS envers African Holding, elle ne permet pas une réclamation en vertu du Traité par SAFRICAS envers la RDC.

73. Pour étroits que puissent être les rapports entre les contrats et les traités concernant les obligations découlant des uns et des autres, dans une situation telle que celle qui se présente en l'occurrence, la différence est très claire. La cession est opposable à la RDC, mais pas le contrat parallèle privé conclu entre les sociétés. De ce fait, seule African Holding a, en l'occurrence, qualité pour agir contre la RDC. Le déclinatoire de compétence est admis en ce qui concerne SAFRICAS.

L'existence d'un investissement

74. Le Tribunal doit également répondre à la question de savoir si un investissement a bien été effectué par SAFRICAS ou African Holding. Comme mentionné plus haut, la Défenderesse a soutenu que l'inexistence de contrats se traduisait par le fait qu'aucun investissement n'aurait pu avoir été effectué par SAFRICAS. La Défenderesse estime qu'African Holding non plus n'a pas effectué un investissement parce que l'achat d'une créance ne peut être considéré comme un investissement. Elle soutient en particulier que ledit achat n'implique pas le transfert de ressources financières dans le pays ou l'établissement d'une industrie ; l'achat n'a pas de durée significative et n'a nullement contribué au développement économique de la RDC.

75. Le problème est cependant plus complexe que cela. Dans la mesure où SAFRICAS avait des droits en vertu des contrats, et le Tribunal a estimé ci-dessus

qu'elle en avait, ceci ne peut être considéré que comme un investissement protégé par le Traité bilatéral d'investissement, qui définit l'investissement au sens large comme comprenant « des fonds propres, une dette, et des contrats de service et d'investissement³¹. » Étant donné que ces mêmes droits ont été transférés au cessionnaire, celui-ci est également un investisseur protégé en application du Traité. Les parties demanderesses rappellent à juste titre que la situation a été expressément envisagée dans le Traité lorsqu'il a été prévu qu' « une modification de la forme sous laquelle des avoirs sont investis ou réinvestis n'affectera pas leur nature en tant qu'investissement³². » Cet article tel que mentionné donne une définition large de l'investissement, incluant plus particulièrement « la dette » dans cette définition, tout comme elle comprend la « créance monétaire ou un droit à exécution ayant une valeur économique, et associée à un investissement³³. »

76. Les parties ont aussi examiné, dans cet autre contexte, l'affaire *Fedax c. Venezuela*³⁴, dans laquelle le tribunal a estimé que la dette était, dans le cas d'espèce, un investissement aux termes de la Convention et ne perdait pas sa qualité pour la simple raison qu'elle était cédée par voie d'endossement. Le tribunal a aussi estimé que si l'investisseur changeait lors de chaque endossement, l'investissement demeurerait constant de sorte que l'émetteur continue à bénéficier du crédit jusqu'à ce qu'il devienne exigible.

77. Les parties Demanderesses trouvent dans l'affaire *Fedax* une confirmation de leurs arguments dans la présente instance, alors que la partie défenderesse est d'un avis contraire, parce que, dans cette affaire, la cession était spécifiquement envisagée et la

³¹ TBI, Art. I(c) (traduction du Tribunal).

³² *Ibid.* (traduction du Tribunal).

³³ *Ibid.*, Art. I(c)(iii) (traduction du Tribunal).

³⁴ *Fedax N.V. c. République du Venezuela* (Affaire CIRDI No ARB/96/3).

dette liait le porteur de billets à ordre à l'État lui-même, qui restait bénéficiaire de la dette, ce qui n'est pas le cas dans la présente instance. Le Tribunal estime que cette dernière interprétation est la bonne car le tribunal en rendant sa décision s'était expressément appuyé sur le fait que l'État avait émis des billets à ordre aux termes de la loi relative au crédit public au Venezuela.

78. Cela ne signifie cependant pas, dans le cas d'espèce, que la créance n'est plus due ou que les transactions afférentes à ladite créance ne contribuent pas du tout au développement économique de la RDC. Dans la mesure où, aux termes des contrats, la RDC doit de l'argent à un investisseur et que le droit à cette prestation est cédé, l'argent est toujours dû, mais uniquement à un bénéficiaire différent. En fait, la cession de la créance n'est pas un simple transfert de dette. Elle est aussi la cession de la valeur économique du travail effectué et non payé. Si ledit paiement était dû à SAFRICAS en tant qu'investisseur il reste toujours dû au cessionnaire et partant, le montant de cette valeur économique liée à un investissement n'est toujours pas réglé. Dans cette mesure, le cessionnaire a exactement le même intérêt que l'investisseur initial et le cédant est, de ce fait, lui-même, un investisseur.

79. Cela est particulièrement vrai dans le contexte de la présente instance dans laquelle la même famille conserve un intérêt dans l'affaire aux termes d'une disposition juridique différente. M. David Blattner a expliqué à l'audience qu'en fait « dans les deux cas, nous sommes propriétaires des deux entreprises, nous les détenons dans les deux cas à près de 100%. ... [Et si] nous détenons les deux sociétés[,] [e]n ce qui concerne la cession, il s'agit d'un montage comptable entre une société et une autre³⁵. »

³⁵ Attestation de M. Daniel Blattner, transcription en français de l'audience sur la compétence, première journée (2 octobre 2007) p. 52.

80. Si nous nous trouvions devant un cas où un chasseur de dette spéculait avec des certificats ou d'autres instruments, on pourrait avoir des raisons de douter de la contribution que cette opération aurait apportée au développement économique du pays débiteur. La Défenderesse a fait état, à l'audience, de la préoccupation des pays en développement au sujet des agissements « des prédateurs, des fonds « vautours » qui rachètent ces dettes, cessions de créances et qui initient des procès sur des pays pauvres...³⁶ » La situation, dans le cas d'espèce, est manifestement différente car l'investissement n'est pas spéculatif, les propriétaires vivent et exercent régulièrement leurs activités en RDC et le marché des travaux exécutés a été conclu par l'État.

81. Le Tribunal ne doit en conséquence pas accepter une solution consistant à décharger un État de son obligation de s'acquitter de sa dette toutes les fois qu'il y a une cession de droits, une situation qui perturberait gravement les marchés financiers internationaux sur lesquels la dette souveraine est échangée chaque jour entre différents porteurs d'obligations et autres instruments. C'est cette obligation qui explique le fait que la plupart des traités bilatéraux sur les investissements, y compris celui visé dans la présente instance, prévoient que des créances monétaires soient considérées comme un type d'investissement protégé.

82. S'il s'agissait purement d'une situation de dette privée pour laquelle l'État n'a pas de responsabilité, la Défenderesse aurait raison dans son argumentaire selon lequel ladite dette n'impliquerait en aucune façon l'État, mais tel n'est pas le cas en l'occurrence. Le Tribunal relève également que les faits du cas d'espèce sont différents de ceux de l'affaire *Joy c. Égypte*³⁷, dans laquelle le tribunal a estimé qu'un contrat de

³⁶ Observations finales de M Tshibangu, transcription en français de l'audience sur la compétence, deuxième journée (3 octobre 2007) p. 16.

³⁷ *Joy Mining Machinery Limited c. République arabe d'Égypte* (Affaire CIRDI No ARB/03/11), Sentence du 6 août 2004.

vente international de biens ne remplissait pas les conditions nécessaires pour être considéré comme d'investissement.

83. Il importe aussi de relever que dans plusieurs affaires contemporaines, l'on a accepté le fait que les prêts peuvent, dans certaines circonstances, être considérés comme contribuant au développement économique du pays d'accueil. Le Comité d'annulation dans la récente affaire *Mitchell c. Congo* a rappelé que, en plus de l'affaire *Fedax*, que, dans l'affaire *CSOB*, le tribunal a estimé que « dans certaines circonstances, un prêt peut contribuer de façon sensible au développement économique d'un État.³⁸ » Ce Comité a aussi rappelé le fait que dans l'affaire *Salini c. Maroc* le tribunal a précisément considéré des travaux publics, tels la construction d'une autoroute, comme étant un investissement protégé³⁹. Ce type de travaux n'est pas sans rapport avec les travaux exécutés dans le cadre de la présente instance.

84. Le Tribunal doit conclure sur cet autre point que la cession effectuée entre les deux entreprises a créé un *continuum* concernant les droits et les obligations en application des contrats et de l'investissement, en particulier dans la mesure où leur nature et leur caractère sont maintenus inchangés. En fait, la nature juridique de ces droits et obligations, notamment le droit à une réclamation et la clause d'arbitrage, n'ont pas changé compte tenu des faits de la présente instance, sous réserve de la question de nationalité et de contrôle qui sera examinée plus loin. En outre, la dette est toujours la même dette et elle est toujours due par la RDC au bénéficiaire.

³⁸ *Československa obchodní banka*, para. 76 (citée dans *Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo* (Affaire CIRDI No ARB/99/7), Décision sur la demande d'annulation de la sentence du 1^{er} novembre 2006, p. 13.

³⁹ *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc* (Affaire CIRDI No ARB/00/4), Décision sur la compétence du 23 juillet 2001 (citée *ibid.*).

La question du contrôle et de la nationalité

85. La Défenderesse a soulevé un autre déclinatoire concernant la compétence du Tribunal au motif que SAFRICAS ne remplirait pas les conditions relatives à la nationalité et au contrôle aux termes de l'article VII(6) du Traité. Cet article stipule qu'aux fins de la procédure du CIRDI,

« ...toute société dûment constituée aux termes des lois et règlements applicables de l'une ou l'autre Partie mais qui, avant l'événement ou les événements donnant lieu au différend, était la propriété ou tombait sous le contrôle de ressortissants ou d'une société de l'autre Partie, est traitée comme un ressortissant ou une société de ladite autre Partie⁴⁰. »

86. La RDC soutient à cet égard que lorsque les événements sont survenus, SAFRICAS ne remplissait pas ces conditions. En outre, à la différence de l'article 25(2) de la Convention du CIRDI, qui lie la nationalité à la date du consentement à l'arbitrage et à l'enregistrement de la requête, le Traité apprécie l'existence de la nationalité au moment où l'événement, ou les événements donnant lieu au différend, surviennent. La Défenderesse estime par ailleurs que le Traité doit avoir préséance sur la Convention du CIRDI à cet égard.

87. Bien que les parties ne soient pas du même avis au sujet de la date à laquelle les événements se sont produits, une question que le Tribunal examinera séparément, la Défenderesse affirme qu'avant l'année 2000, qui est celle indiquée par les Demanderesses comme l'année où les événements sont survenus, SAFRICAS n'était pas la propriété ni ne tombait sous le contrôle de M. James, Daniel ou David Blattner, citoyens des États-Unis. En fait, elle était contrôlée par des investisseurs belges. Par la suite, elle est devenue la propriété de New Biz Congo Ltd., une entreprise constituée aux Iles Caïmans (49 279 997 actions), et SAFRICAS en tant que société congolaise

⁴⁰ TBI, Art. VII(6) (traduction du Tribunal).

(319 950 actions). Les membres de la famille Blattner ne détenaient chacun qu'une action et représentaient ensemble pratiquement 0% des 450 000 000 actions. Bien qu'il y ait eu une souscription de capital en 2004, cette proportion n'a apparemment pas changé.

88. La RDC conclut dans ce contexte que SAFRICAS n'était pas la propriété ni ne tombait sous le contrôle de citoyens des États-Unis, qui ne sont pas non plus des actionnaires majoritaires. Le fait que M. David Blattner ait peut-être été le directeur de la société n'a pas d'influence sur la propriété ou le contrôle de la société. La Défenderesse affirme que le Traité exclut expressément la possibilité de contrôle indirect dans la mesure où l'article I(b)(ii) du Traité exige qu'une Partie ou une subdivision politique de ladite Partie ou ses organismes ou intermédiaires aient un intérêt substantiel dans la société en cause telle que déterminée par ladite Partie.

89. De plus, de l'avis de la Défenderesse, New Biz Congo n'est pas une société des États-Unis dans la mesure où elle est enregistrée aux Iles Caïmans, et le fait que la famille Blattner en est l'actionnaire ne change pas sa nationalité. Sinon, affirme la RDC, New Biz Congo aurait pu elle-même être demanderesse dans la présente instance. La Défenderesse souhaite que la demande d'arbitrage soit déclarée irrecevable au motif que SAFRICAS n'a pas qualité pour agir aux termes du Traité.

90. Les Demanderesses acceptent l'argument avancé par la Défenderesse selon lequel la propriété exige un titre légal sur pratiquement toutes les actions ou autres parts de la société. Cependant l'article VII(6) du Traité envisage non pas uniquement la propriété mais aussi le contrôle, ce qui permet le contrôle d'une société à travers une société intermédiaire, de portefeuille. Les Demanderesses soutiennent également que cette interprétation est confirmée par d'autres dispositions du Traité, notamment la

définition de l'investissement aux termes de l'article I(c), qui fait référence à « tous les types d'investissement, possédés ou contrôlés directement ou indirectement. » En revanche, le fait que l'article I(b) du Traité permette à l'un ou l'autre État contractant de refuser les avantages du Traité à toute entreprise locale contrôlée par des ressortissants de pays tiers ne peut s'expliquer que si le contrôle par le biais d'entreprises intermédiaires est permis.

91. Les Demanderesses affirment que l'histoire de la manière dont le Traité a été rédigé corrobore leur interprétation de la recevabilité du contrôle indirect. Elles soutiennent en particulier que la Lettre de transmission du Traité au Sénat des États-Unis explique que la définition de la possession ou du contrôle visait à inclure les investissements effectués par l'intermédiaire des filiales des sociétés d'une Partie « où qu'elles soient situées, » même dans des pays tiers⁴¹. Il était également expressément déclaré dans ladite lettre que « nous avons obtenu pour les besoins de la cause une déclaration des négociateurs du Zaïre qu'ils comprennent cette définition au sens de qu'elle couvre les investissements effectués par l'intermédiaire de filiales dans des pays tiers⁴². »

92. Les Demanderesses expliquent en outre que la même interprétation était donnée à la propriété et au contrôle par le Département d'État des États-Unis dans le Mémoire technique sur le Traité⁴³. Ce mémoire donne l'exemple suivant : « ...si une entreprise des États-Unis détient 100% du capital souscrit d'une entreprise française qui, à son tour, détient 100% du capital souscrit d'une entreprise zaïroise, l'entreprise zaïroise est un investissement de l'entreprise des États-Unis aux fins du Traité. »

⁴¹ Duplique de la partie demanderesse sur la compétence du 10 juillet 2007, note de bas de page 30.

⁴² Département d'État des États-Unis, Lettre de soumission (26 février 1986) disponible à http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/Exporters_Guides/List_All_Guides/exp_002632.asp.

⁴³ Duplique, note de bas de page 31.

93. Les Demanderesses concluent qu'étant donné que SAFRICAS tombe sous le contrôle de New Biz Congo, qui à son tour appartient à la famille Blattner qui détient 99% de ses actions non souscrites, il s'ensuit que la famille contrôle également SAFRICAS par le biais tant de leurs droits de vote que de la gestion courante de l'entreprise. À la demande du Tribunal, les Demanderesses ont présenté des documents satisfaisants concernant la propriété par la famille Blattner de New Biz Congo et d'autres entreprises intermédiaires et des actions détenues dans ces entités.

94. Le Tribunal doit à présent déterminer si, au moment considéré, SAFRICAS était contrôlée par des ressortissants ou des sociétés des États-Unis. La première question à laquelle le Tribunal doit répondre est celle de savoir si c'est le Traité ou la Convention du CIRDI qui détermine les critères de nationalité. Il ne fait aucun doute que c'est l'argument de la Défenderesse qui est correct, un point de vue que ne semblent pas contester les Demanderesses, dans la mesure où le Traité contient la loi applicable en tant que *lex specialis*.

95. Le problème principal sur lequel le Tribunal doit se pencher est celui de la propriété et du contrôle, qui sera examiné dans une double perspective, sous réserve de la décision que rendra séparément le Tribunal sur la question de la date des événements dans ce contexte.

96. La première perspective concerne la propriété. Les parties conviennent du fait que la propriété exige la détention du titre sur pratiquement toutes les actions ou autres formes d'instruments de la propriété. Il serait tout à fait absurde de penser que la famille Blattner possède SAFRICAS en raison de la détention par chaque frère d'une action de son capital. Une telle interprétation irait à l'encontre de toute logique et se prêterait à

des abus dans la mesure où tout actionnaire de toute société dans le monde pourrait devenir un demandeur protégé aux termes d'un traité bilatéral sur les investissements.

97. Une seconde perspective concerne la question du contrôle. L'argument de la Défenderesse précisant que la propriété de presque 0% des actions ne peut pas être considérée comme signifiant que l'entreprise tombe sous le contrôle d'une telle minorité est convaincant. Cependant, la situation est différente dans le cas d'espèce. Ce ne sont pas seulement les trois membres de la famille Blattner agissant en commun qui contrôlent la société. C'est le fait que la famille Blattner contrôle New Biz Congo en détenant 99% de ses actions, et que cette société est elle-même l'actionnaire majoritaire de SAFRICAS, qui justifie l'argument selon lequel cette même famille contrôle SAFRICAS par le biais d'une société intermédiaire.

98. Dans ce contexte, la question que le Tribunal doit trancher est celle de savoir si le Traité permet la propriété ou le contrôle indirects d'une société protégée. Bien que les parties aient aussi examiné brièvement la question de la participation minoritaire, ceci n'est pas réellement pertinent dans le cas d'espèce, parce que si le contrôle indirect est permis, la participation majoritaire suivrait par le biais de la société intermédiaire. Comme on l'a relevé plus haut, New Biz Congo détient la vaste majorité des actions de SAFRICAS.

99. Le Tribunal est persuadé par les arguments des parties Demanderesses concernant l'interprétation du Traité à cet égard. En fait, la définition de l'investissement figurant à l'article I(c) qui fait référence à un investissement « possédé ou contrôlé directement ou indirectement » ne laisse aucun doute sur le fait que le contrôle indirect est permis. Cette interprétation est corroborée indirectement par d'autres articles du Traité et confirmée par l'histoire de la négociation telle qu'elle a été

évoquée. Elle est aussi en phase avec l'interprétation des dispositions identiques ou similaires d'autres traités sur les investissements qui ont été examinés par d'autres tribunaux du CIRDI⁴⁴. La décision à cet égard dans l'affaire *Goetz* est en fait devenue une reconnaissance largement acceptée des intérêts réels qui devraient être protégés :

« ...le Tribunal observe que la jurisprudence antérieure du CIRDI ne limite pas la qualité pour agir aux seules personnes morales directement visées par les mesures litigieuses mais l'étend aux actionnaires de ces personnes, qui sont les véritables investisseurs⁴⁵. »

100. La question de savoir jusqu'où le contrôle indirect peut aller a été examinée dans certaines de ces affaires. Comme le tribunal l'a fait remarquer dans l'affaire *Enron c. Argentine*⁴⁶, il y a lieu d'établir une limite à ce processus, car il risquerait d'aller tellement loin que même des investisseurs éloignés pourraient devenir des demandeurs protégés. Dans cette instance, la limite a été fixée par le fait de savoir si le propriétaire et contrôleur indirects pouvaient être considérés comme couverts par le consentement que l'État avait donné à l'arbitrage, et il a été estimé que cela était effectivement le cas. Dans l'affaire *Banro*, la compétence n'a pas été admise précisément parce que le consentement donné par l'État ne pouvait pas avoir envisagé un demandeur d'une nationalité différente.

101. Étant donné que dans la présente instance la famille Blattner était bien connue du Gouvernement de la RDC depuis qu'elle avait acquis SAFRICAS à ses premiers propriétaires belges et avait conservé sa participation et ses affaires dans les différentes

⁴⁴ *Antoine Goetz et autres c. République du Burundi* (Affaire CIRDI No ARB/95/3) Sentence du 10 février 1999, para. 89; *CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine* (Affaire CIRDI No ARB/01/8), Décision du Tribunal sur la compétence du 17 juillet 2003, para. 51.; *Sempra Energy International c. République d'Argentine* (Affaire CIRDI No ARB/02/16), Décision sur la compétence du 11 mai 2005, paras. 123-124; *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie* (Affaire CIRDI No ARB/05/18), Décision sur la compétence du 6 juillet 2007, paras. 123-124; *AIG Capital Partners, Inc. et CJSC Tema Real Estate Company c. République du Kazakhstan* (Affaire CIRDI No ARB/01/6) Sentence du 7 octobre 2003, para. 9.4.8).

⁴⁵ *Antoine Goetz*, para. 89.

⁴⁶ *Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P. c. République d'Argentine* (Affaire CIRDI No ARB/01/3), Décision sur la compétence du 2 août 2004.

transactions qui ont suivi, y compris plus récemment New Biz Congo, il ne pouvait y avoir aucun doute sur l'identité des ressortissants ou des sociétés des États-Unis qui avaient bénéficié de la protection du Traité. Même si New Biz Congo était constituée aux Iles Caïmans, elle était la propriété et tombait sous le contrôle de la même famille. Bien que la Défenderesse voie dans cette constitution quelque chose de frauduleux et de douteux, rien n'indique que tel est le cas.

102. Le Tribunal prend note à cet égard de l'argument des Demanderesses selon lequel dans d'autres cas récents des structures sociales bien plus complexes que celle là ont été acceptées comme constituant une expression valable du contrôle intermédiaire, faisant en particulier référence à l'affaire *Aguas del Tunari c. Bolivie*⁴⁷. Les parties ont aussi évoqué l'affaire *AMT*, qui concerne également un investissement en RDC. Mais comme les Demanderesses l'ont relevé, cette affaire concernait uniquement une propriété directe et le contrôle de 94% des actions de la société locale. En conséquence, la question de la propriété ou du contrôle indirects n'a pas été abordée et ne permet donc pas de tirer un quelconque enseignement dans la présente instance.

103. Le Tribunal conclut que la propriété et le contrôle indirects étant permis aux termes du Traité, les deux Demanderesses pourraient avoir qualité pour agir devant ce Tribunal, sous réserve naturellement de l'examen qui précède, des effets de la cession. SAFRICAS a cette qualité parce qu'indirectement elle est la propriété ou tombe sous le contrôle des membres de la famille Blattner, ressortissants d'un État contractant. African Holding a qualité pour agir parce qu'en tant que cessionnaire elle se substitue au cédant dont elle exerce les droits, y compris la créance et la clause d'arbitrage, une transaction qui en outre n'implique pas un changement de nationalité. Le fait qu'avant

⁴⁷ *Aguas del Tunari S.A. c. République de Bolivie* (Affaire CIRDI No ARB/02/3), Décision sur la compétence du 21 octobre 2005, *ICSID Rev.—FILJ* 450 (2005).

2000, SAFRICAS, comme indiqué plus haut, appartenait à des investisseurs belges ne change pas la qualité pour agir des propriétaires actuels aux termes du Traité, étant donné que ceux-ci ont repris toutes les créances et tous les engagements de la société.

104. Comme mentionné plus haut, cette conclusion est subordonnée à la constatation qu'au moment où le différend est survenu, SAFRICAS était la propriété ou tombait sous le contrôle de la famille Blattner. Les Demanderesses affirment que le différend s'est produit après qu'elles aient acheté la société en 2000. La Défenderesse estime que tel n'est pas le cas car le différend est survenu au cours de la période 1993-1997.

L'exigence de négociations préalables

105. La RDC soulève également le déclinatoire de compétence lié au fait que African Holding n'a pas essayé d'engager des consultations ou des négociations préalables avec le Gouvernement avant de recourir à l'arbitrage du CIRDI, comme elle est tenue de le faire aux termes de l'article VII(3) du Traité. Étant une société différente de SAFRICAS, elle ne peut pas s'appuyer sur les négociations que celle-ci a engagées pour le règlement du différend et doit prendre elle-même des mesures en ce sens. Les Demanderesses contestent une telle conclusion et soutiennent que toute négociation aurait été futile étant donné que celles engagées par SAFRICAS sur le même sujet n'avaient mené nulle part. En outre, la cession de droits étant notifiée à la RDC en 2004, celle-ci était au courant du rôle de African Holding au moment où elle négociait avec SAFRICAS.

106. Le Tribunal doit noter que la question a été posée à juste titre en tant que déclinatoire de compétence. Bien que certains tribunaux du CIRDI considèrent que cette exigence est davantage une question de procédure que de compétence, et peut donc faire

l'objet de correction⁴⁸, d'autres soutiennent qu'il s'agit d'une question de compétence⁴⁹ et d'autres encore l'ont examinée sous l'angle de la recevabilité⁵⁰. Le Tribunal est également conscient du fait que la Convention du CIRDI ne traite que de la compétence. Un tribunal a déploré le fait que si cette exigence est considérée comme une question de procédure, elle n'aura pour seul effet que d'encourager les investisseurs à n'en tenir compte qu'à leur gré⁵¹.

107. Toutefois, le Tribunal ne croit pas que cette objection soit fondée. Le principal objectif de la période de négociation consiste à mettre le gouvernement au courant de l'existence de la réclamation et de lui donner l'occasion de régler le différend à l'amiable. Dans la présente instance, le fait est qu'une partie demanderesse a essayé d'engager des négociations, satisfaisant ainsi à cette exigence, mais comme cela a déjà été relevé, sans succès, si ce n'est d'indiquer que la RDC était effectivement au courant et était tout à fait consciente du rôle de African Holding en tant que Demanderesse distincte. Il ne semble y avoir aucun intérêt à ce que l'autre Demanderesse fasse exactement la même chose, à moins qu'il n'y ait une réclamation ou un intérêt distincts, ce qui n'est pas le cas.

Le moment de la naissance du différend

108. La Défenderesse conteste également la compétence de ce Tribunal au motif qu'au moment où le différend est survenu entre les parties, SAFRICAS n'était pas contrôlée par des ressortissants de l'autre Partie contractante car elle appartenait encore

⁴⁸ *Western NIS Enterprise Fund c. Ukraine* (Affaire CIRDI No ARB/04/2), Décision du 16 mars 2006, Disponible à <http://www.worldbank.org/icsid>; *SGS Société générale de surveillance S.A. c. République des Philippines* (Affaire CIRDI No ARB/02/6), Décision du Tribunal sur la compétence du 29 janvier 2004, 8 *ICSID Rep.* 518 (2005); Martina Polasek, "The Consultation Period Requirement in Investment Treaties as a matter of Jurisdiction, Admissibility or Procedure", *News from ICSID*, Vol. 23 (1) 2006, pp. 14-17.

⁴⁹ *Enron*, Décision sur la compétence, para. 41.

⁵⁰ *Goetz*, para. 93.

⁵¹ *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine* (Affaire CIRDI No ARB/00/9), para. 14.3.

à une entreprise belge. La Défenderesse soutient que le début du différend remonte jusqu'en 1990, lorsque SAFRICAS a adressé au Gouvernement de la RDC la première demande de règlement de factures impayées. D'autres demandes ont été présentées en 1992 et en 1993, indiquant à chaque fois le montant de la dette due. Ces demandes ont culminé en 1998 lorsqu'elles ont été introduites une nouvelle fois et actualisées devant la Commission de la dette publique mentionnée plus haut à la fin de 1997.

109. Indépendamment de la date de chaque demande, ce qui importe de l'avis de la Défenderesse est qu'elles ont toutes été présentées avant 2000, année lors de laquelle la famille Blattner a acheté SAFRICAS à ses anciens propriétaires. Le fait que le Rapport de PwC ait été publié en 2004 ne change pas la nature des demandes ou l'existence de la même dette impayée. La Défenderesse soutient également que SAFRICAS n'aurait pas pu attendre plus de 15 ans pour présenter ses premières demandes de règlement de factures impayées afférant aux travaux exécutés. La Défenderesse affirme en outre que les calculs de l'intérêt que les Demanderesses effectuent ne commencent pas en 2004 mais à la date d'exécution des travaux. De même, une offre de la RDC de renégocier la dette faite après le Rapport de PwC ne peut être considérée comme un refus de payer.

110. Les Demanderesses affirment, au contraire, que le différend est survenu après 2000 et plus précisément au cours de la période 2004-2005 lorsque, suite au Rapport de PwC, la RDC a décidé de ne régler qu'une petite fraction des montants dus aux termes de contrats. C'est ce refus de payer qui a donné naissance au différend et non pas les échanges antérieurs entre les parties, qui ont eu lieu en 1990, 1992, 1993 et 1998 et visaient à préciser les montants impayés, aussi nombreux que ces échanges aient pu être. Il ne s'agissait, de l'avis des Demanderesses, que de procédures de réconciliation de dette qui consistaient en un effort de collaboration non litigieuse visant à chiffrer les montants de ladite créance pour laquelle la RDC n'avait jamais déclaré son refus de

payer ou de n'en payer qu'une fraction. Lorsque le différend est survenu, soutiennent les Demanderesses, SAFRICAS était la propriété de la famille Blattner et la créance avait été cédée à New Biz Congo. De ce fait, le différend s'est produit lorsque SAFRICAS appartenait à des ressortissantes de l'autre Partie contractante.

111. Les parties ont aussi évoqué et examiné diverses décisions et sentences à l'appui de leurs points de vue respectifs. La Défenderesse estime que l'affaire *Tradex c. d'Albanie*⁵² est pertinente pour la présente instance car dans cette affaire diverses demandes présentées dans des lettres distinctes par le demandeur au Gouvernement albanais ont été considérées comme déterminant la date de naissance du différend. De l'avis des Demanderesses ce cas est différent dans la mesure où le Gouvernement albanais n'a jamais répondu à une desdites demandes, ce qui a été considéré comme le fondement du manque d'accord sur les questions soulevées.

112. Les Demanderesses s'appuient pour leur part sur l'affaire *Electricity Company*, dans laquelle la Cour permanente de Justice internationale a conclu en ces termes : « il est vrai qu'un différend peut présupposer l'existence d'une certaine situation ou d'un certain fait antérieur, mais il ne s'ensuit pas que le différend se produit au sujet de ladite situation ou dudit fait⁵³. »

113. Les Demanderesses invoquent aussi l'affaire *Helnan c. Égypte*, dans laquelle le tribunal a estimé, selon la transcription des Demanderesses, que « le différend s'est cristallisé après [la date d'entrée en vigueur du Traité] en continuation des divergences qui s'étaient produites avant cette date mais avaient évolué et changé de nature après cette date[;] il tombe [donc] dans les limites temporelles du Traité dans la mesure où les

⁵² *Tradex Hellas S.A. c. République d'Albanie* (Affaire CIRDI No ARB/94/2), Décision sur la compétence du 24 décembre 1996.

⁵³ *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, 1939, P.C.I.J. at 81-82 (citée dans le contre-mémoire des Demanderesses sur la compétence, para. 37).

divergences qui en sont la source ne sont plus les divergences qui existaient avant [la date d'entrée en vigueur]⁵⁴ ». La RDC conteste la pertinence de cette décision étant donné que ce différend, à la différence de la présente instance, se fondait sur des faits entièrement nouveaux qui étaient différents de ceux qui existaient avant l'entrée en vigueur du traité.

114. Le Tribunal doit en premier lieu faire remarquer que la détermination de la date exacte à laquelle naît un différend est devenue une question fondamentale dans de nombreux cas, car la compétence dépendra bien souvent de ladite date. La question examinée dans l'affaire *Helnan* a été tranchée de la même manière que dans l'affaire *Maffezini c. Espagne*⁵⁵, compte tenu du fait que ce n'est qu'au moment le plus récent dans le temps que la demande est devenue juridiquement fondée, bien que son origine puisse être reliée à des événements antérieurs. Toutefois, dans l'affaire *Lucchetti c. Pérou*⁵⁶, le tribunal a pris une position inverse en concluant qu'un différend de construction, qui s'était produit et avait été réglé avant l'entrée en vigueur du traité, était le même que le différend survenu après l'entrée en vigueur, et qui concernait la fermeture d'une usine pour de soi-disant raisons environnementales, malgré le fait que ces derniers événements concernaient une demande relative à une expropriation.

115. La disposition pertinente du Traité concernant cette affaire est l'article VII(6), qui stipule ce qui suit :

« Aux fins de toute procédure entamée devant le Centre ... toute société dûment constituée aux termes des lois et des règlements applicables de l'une ou de l'autre des parties mais qui, avant l'événement ou les

⁵⁴ *Helnan International Hotels A/S c. République arabe d'Égypte* (Affaire CIRDI No ARB/05/19), Décision sur la compétence du 17 octobre 2006, para. 53 (citée dans le contre-mémoire des Demanderesse sur la compétence, para. 38).

⁵⁵ *Emilio Agustín Maffezini c. Royaume d'Espagne* (Affaire CIRDI No ARB/97/7), Décision sur la compétence du 25 janvier 2000, 16 *ICSID Rev.—FILJ* 212 (2001).

⁵⁶ *Empresas Lucchetti, S.A. et Lucchetti Peru, S.A. c. République du Pérou* (Affaire CIRDI No ARB/03/4), Sentence du 7 février 2005.

événements donnant lieu au différend, était la propriété ou tombait sous le contrôle de ressortissants ou d'une société de ladite autre partie est traitée comme un ressortissant ou une société de ladite autre partie. »

116. La date des événements constitue donc l'élément déterminant sur lequel ce Tribunal doit se prononcer. Si les événements sont survenus avant 2000 le Tribunal n'a pas compétence. S'ils se sont produits après cette date, il a compétence. Ou bien, comme il a été décidé dans les affaires *Electricity Company, Helnan, Maffezini, Lucchetti* et *Jan de Nul*⁵⁷, même si les événements ont eu lieu avant une date et se sont poursuivis ou étaient exprimés de manière différente après cette date, la décision à prendre est celle de savoir s'il y a un *continuum* entre les deux événements ou ensembles d'événements ou si la nature de l'un et de l'autre est différente et traduit une modification de ces faits ou de son fondement juridique. S'il n'y a qu'une simple continuation, il faudra décliner la compétence. Si les événements sont différents, la compétence est maintenue.

117. Le Tribunal a attentivement examiné s'il dispose de tous les éléments de preuve pertinents pour décider si le différend s'est produit avant ou après la date critique. Si tel n'était pas le cas, le Tribunal aurait opté d'examiner cette question en même temps que le fond du litige car, comme il a été décidé récemment dans l'affaire *Kardassopoulos c. Géorgie*, les déclinatoires ne remplissaient pas les conditions nécessaires pour une décision au stade de la détermination de la compétence et requerraient d'examiner « ...l'attestation et d'autres éléments de preuve qui ne peuvent être obtenus que dans le cadre d'une audience complète de l'affaire⁵⁸. » Le tribunal est parvenu à une conclusion

⁵⁷ *Jan de Nul N.V. et Dredging International N.V. c. République arabe d'Égypte* (Affaire CIRDI No ARB/04/13), Décision du Tribunal sur la compétence du 16 juin 2006.

⁵⁸ *Kardassopoulos c. Géorgie*, Décision sur la compétence du 6 juillet 2007, para. 257.

analogue concernant les réclamations en vertu du traité, par opposition aux réclamations en vertu du contrat, dans l'affaire *Impregilo c. Pakistan*⁵⁹.

118. Le Tribunal est également conscient du fait que la sentence dans l'affaire *Lucchetti* a adopté une position différente sur cette question et décidé sur la compétence *ratione temporis* sans examiner la nature des différends au fond. Toutefois, on relèvera qu'il s'agit de l'un des motifs invoqués par les demandeurs dans ce cas pour demander l'annulation. Si le Comité d'annulation n'a pas trouvé, dans ce cas, de raisons pour annuler, une opinion dissidente a relevé que la démarche appropriée aurait consisté à examiner cette question particulière avec les questions de fond, compte tenu à la fois des garanties d'une procédure régulière et de la nécessité d'établir les faits avec certitude⁶⁰.

119. Le Tribunal, dans la présente instance, est convaincu que tous les éléments de preuve pertinents concernant la date du différend ont été fournis et ont fait l'objet d'un examen approfondi par les parties. Le choix d'examiner cette question avec celles de fond ne présenterait donc aucun intérêt dans la présente instance. De plus, la présente situation peut se distinguer facilement de celle de l'affaire *Lucchetti* car les parties ont eu ici l'occasion de se prononcer sur la nature du différend et ses liens avec la date critique. Le Tribunal va donc décider de la question de la compétence *ratione temporis* sur la base des éléments de preuve qui lui ont été présentés.

120. Comme indiqué plus haut, les parties ont des vues diamétralement opposées sur la question. La Défenderesse estime qu'il n'y a qu'un seul et même différend que ce soit

⁵⁹ *Impregilo S.p.A. c. La République islamique du Pakistan* (Affaire CIRDI No ARB/03/3), Décision sur la compétence du 22 avril 2005, para. 315.

⁶⁰ *Industria Nacional de Alimentos S. A. et Indalsa Perú S. A. c. République du Pérou* (jadis *Empresas Lucchetti et. al. c. République du Pérou*) (Affaire CIRDI No ARB/03/4), Décision sur l'annulation du 5 septembre 2007, Opinion dissidente de Sir Franklin Berman, paras. 13-16; voir également *Jan de Nul*, Décision sur la compétence, para. 126.

avant ou après la date critique, alors que les Demanderesses sont d'avis que les deux différends sont séparés et distincts. La question à laquelle le Tribunal doit répondre est celle de savoir si le différend concerne le règlement de factures restées impayées depuis le tout début ou si le différend n'est né qu'à un moment postérieur à la date critique lorsque la RDC aurait refusé de payer.

121. Le Tribunal conclut à cet égard que la nature du différend concerne le fait que des travaux ont été exécutés sous contrat et que leur coût n'a pas été réglé pendant une longue période de plus de quinze ans. Que la RDC ait officiellement refusé de payer ou ait gardé le silence, est sans importance pour la nature du différend. Le fait est que la RDC a manqué à ses obligations aux termes du contrat, ce qui se rattache donc à une situation d'inexécution envisagée à l'article 7.1.1 des Principes d'UNIDROIT. Aux termes de ce même article, l'inexécution comprend l'exécution défectueuse ou tardive. En outre, le fait que la RDC offrait de renégocier les créances et de ne payer qu'une fraction de leur valeur ne peut pas être assimilé à un refus officiel. Même si la RDC avait accepté de payer, et n'a en fait pas payé, la nature du différend serait toujours restée la même: avant comme après la date critique : le montant des travaux exécutés n'a pas été réglé.

122. Ce chef de déclinatoire de compétence est donc retenu.

123. Cette conclusion ne signifie pas que les Demanderesses n'ont plus de motif de revendication. Elles ont exactement la même revendication et peuvent demander qu'elle soit jugée, mais à la seule condition que cela ne le soit pas en vertu des dispositions de la Convention du CIRDI et du Traité relatives à la compétence.

C. FRAIS

124. Le Tribunal aurait normalement exigé que la partie Demanderesse déboutée règle les frais de l'arbitrage. Toutefois, dans la présente instance, le Tribunal a estimé que les deux parties avaient raison sur certains points, qui en outre ont présenté un très grand intérêt au plan juridique.

125. Le Tribunal décide en conséquence que chaque partie règlera ses propres frais et dépenses judiciaires ainsi que la moitié des honoraires et des dépenses des membres du Tribunal et des frais administratifs du Centre. Etant donné qu'en ce qui concerne la dernière avance réclamée par le Centre, les Demanderesses ont payé la part due par la Défenderesse, à savoir 70.000 dollars, le Tribunal ordonne à la Défenderesse de rembourser ce montant aux Demanderesses dans un délai de trente jours à compter de l'envoi de la sentence aux parties.

D. SENTENCE

1. Le Tribunal décide qu'il n'est pas compétent pour entendre la présente instance sur le fond.

2. Chaque partie règlera ses propres frais et dépenses judiciaires ainsi que la moitié des honoraires et des dépenses des membres du Tribunal et des frais administratifs du Centre. Le Tribunal ordonne en conséquence à la Défenderesse de rembourser un montant de 70.000 dollars aux Demanderesses dans un délai de trente jours à compter de l'envoi de la sentence aux parties.

[Signé]

M. le Pr Francisco Orrego Vicuña
Président

Date: le 23 juillet 2008

[Signé]

M. O.L.O de Witt Wijnen
Arbitre

Date: le 14 juillet 2008

(Sous réserve de l'opinion dissidente ci-jointe)

[Signé]

M. le Pr Dominique Grisay
Arbitre

Date: le 11 juillet 2008