

Société d'Investigation de Recherche et d'Exploitation Minière (SIREXM) v.
Burkina Faso
(ICSID Case No. ARB/97/1)
Tribunal Award of 19 January 2000 (Excerpts)

(...)

5. Requests for site valuation

6.33 "It is not a matter of obtaining compensation for damage resulting from the breach of the contract, since, for the reasons mentioned, the Basic Agreement is declared void. Furthermore, it would be shocking, to say the least, to see the Claimant, whose conduct is tainted with fraud, obtain compensation for the damage it itself suffered.

"The basis of this claim could therefore only be a claim for the return of illegitimate enrichment. First, the study of the facts leaves doubts as to the reality of the alleged enhancement of the sites or at least as to its extent. It is certainly possible, although the point is strongly contested, that there has been a real revaluation. But it seems unreasonable to claim that if, after more than three years of exploitation and development of the gold sites, the value of these sites is not the same as at the start of the CEMOB operation, the excess constitutes a direct contribution from SIREXM. The Claimant will be reimbursed for its contributions to the capital of the company which carried out the valuation of the sites. To go beyond this would ultimately amount to compensating one of the parties to a contract canceled for fraud, and moreover the party responsible for fraud. In any event, it does not appear to the Tribunal in this case acceptable in terms of principles that SIREX / SIREXM, author of fraud, which vitiated the Agreement, can claim to be compensated for the enhancement of the sites. Fraud can have no bonuses.

"The profits already withdrawn or to be withdrawn in the future from the exploitation of the mines are among the claims for which the Court considers that there is no reason to allocate them. "

(...)

Société d'Investigation de Recherche et d'Exploitation Minière (SIREXM)

c. Burkina Faso

(Affaire CIRDI ARB/97/1)

Sentence du Tribunal du 19 janvier 2000 (Extraits)

(...)

III. LE CADRE GENERAL DE L'INSTANCE

B. La constitution du Tribunal arbitral

3.03 « Il est vrai que les parties n'ont pas procédé à la conciliation avant l'arbitrage (...) En tout cas, vu la nature de la procédure de conciliation et en particulier la liberté de chaque partie d'accepter ou de rejeter les propositions du conciliateur, on ne peut considérer que le fait qu'il n'y ait pas eu conciliation, et même le refus de procéder à la conciliation, puisse mettre en cause la régularité de la procédure d'arbitrage entamée en janvier 1997.

3.04 « Il est de jurisprudence et de pratique constantes qu'un tribunal arbitral, dont la compétence repose sur une clause arbitrale, a aussi compétence pour se prononcer sur la validité de cette convention et les conséquences qui pourraient être liées à sa nullité. Il est également bien établi que la nullité éventuelle de l'accord de base n'entraîne pas l'invalidité de la clause compromissoire (arbitrale) sur laquelle est fondée la compétence du Tribunal arbitral. (...) Ce n'est donc pas parce que, par hypothèse, le Tribunal pourrait prononcer ou constater cette nullité que sa sentence serait automatiquement elle-même privée de base légale.

IV. LA RECEVABILITE DES DEMANDES

4.13 « Il a été rappelé que, selon des principes fermement établis en arbitrage, un tribunal est compétent pour se prononcer sur la validité du contrat qui fonde sa juridiction. Sans doute ce principe est valable en premier lieu pour le contrat initial entre

les deux parties, mais, de l'avis du Tribunal, il n'y a aucune raison pour ne pas l'étendre à l'hypothèse dans laquelle une partie invoque non seulement la nullité du contrat de base, mais également celle de la cession qui lui a fait suite. Cette affirmation est d'autant plus justifiée qu'il existe, on le verra, un lien nécessaire entre la Convention d'une part et la cession d'autre part, et que la validité de l'opération doit être finalement examinée dans son ensemble.

V. LA VALIDITE DE LA CONVENTION

5.01 « La deuxième question principale que le Tribunal doit trancher concerne la validité de la Convention passée entre l'Etat et SIREX. Cette question concerne également, par prolongement, la validité de la cession des droits de SIREX à SIREXM. Le Tribunal arbitral examinera les positions des parties en droit et en fait qu'elles invoquent, pour déterminer si la conclusion de la Convention est en effet entachée de nullité pour dol et/ou pour contrariété à l'ordre public burkinabé.

B. La question du dol

5.13 « Conformément aux règles de la bonne foi, la participation de l'un des fonctionnaires principaux du ministère des mines chargé de l'attribution des contrats dans une société qui deviendra sa principale partenaire devrait être communiquée par les personnes impliquées.

d) La présence de dol

5.26 « La question doit être examinée à la lumière de l'article 1116 du Code civil qui a la teneur suivante :

« Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas il doit être prouvé ».

« Il est traditionnellement admis que, pour que les conditions de la disposition soient remplies, deux éléments doivent être établis : un élément délictuel et un élément psychologique (...) Il faut que l'une des parties ait commis un acte de déloyauté et que l'autre partie ait été trompée.

5.27 « Il faut donc d'abord que l'une des parties ait commis un acte de déloyauté. Cela suppose à nouveau réunies deux conditions : qu'il y ait eu des manœuvres menées par cette partie ou une personne dépendant d'elle ; et en second lieu il faut que ce comportement soit intentionnel.

5.29 « (...) c'est un principe classique du droit des contrats qu'une personne ne peut exercer une position générant un conflit d'intérêts. Le moins que l'on puisse attendre d'elle est qu'elle en informe les deux parties. (...) De même peut-on considérer qu'il s'agit d'un principe élémentaire de tout droit des sociétés que les actionnaires doivent être tenus au courant des liens qu'un administrateur peut avoir avec un groupe cocontractant de la société dont il est administrateur ; or, en l'occurrence, [le directeur général] a été l'administrateur de la CEMOB alors qu'il n'avait jamais été révélé qu'il était simultanément l'un des actionnaires principaux de la société SIREXM ; les représentants de l'Etat pouvaient légitimement encore penser qu'en sa qualité de fonctionnaire, il leur aurait révélé cette participation. Dans ces conditions, le Tribunal admet qu'il y a eu sur ce point manœuvre dolosive.

5.31 « On a vu que, pour que le dol soit admis, il faut encore que les manœuvres qui ont été établies aient effectivement trompé l'autre partie, et surtout l'aient trompé de manière déterminante.

5.33 « Si l'erreur est incontestable, reste à vérifier si elle a été déterminante. La question à résoudre est donc celle de savoir si l'Etat, au cas où il aurait été informé de tous les faits qui ont été relevés plus haut, aurait néanmoins accepté de conclure le contrat avec SIREXM, et aux conditions qui ont été fixées. Il ne paraît pas nécessaire au Tribunal de faire de longs développements à ce sujet. Le fait même de la réticence

systematique de SIREX/SIREXM sur ce point est probant. On imagine mal quelle est la collectivité publique ou, plus simplement encore quelle est la société, qui accepterait en toute ingénuité de conclure un contrat du genre, de l'importance, de la portée et de la durée de celui dont il est question, en apprenant de son côté que l'une des personnes centrales dans l'adjudication en est un bénéficiaire indirect.

C. La contrariété à l'ordre public

5.39 « L'analyse mérite d'être étendue au delà du seul ordre public interne burkinabé et du point de savoir si sa finalité est l'accomplissement d'un délit ou si sa cause impulsive et déterminante est illicite ou immorale.

5.41 « (...) le Tribunal considère que le contrat est nul en raison de sa violation de l'ordre public.

D. La résiliation de la Convention n'empêche pas son annulation

5.43 « Il est conforme aux principes généraux du droit privé que rien n'empêche une partie d'invoquer la nullité d'un contrat pour vice du consentement après qu'elle l'a résilié. Peu importe que cela provienne d'une nullité absolue ou d'une nullité de protection. Il n'en va différemment que si cette partie a connu le vice affectant le contrat au moment où elle a résilié le contrat, ce qui aurait pour effet qu'elle a par cet acte décidé de le valider.

5.44 « Il n'y a pas de raison pour considérer que les choses sont fondamentalement différentes lorsque la résiliation a pris la forme d'un acte interne du droit de l'une des parties à la convention. Les parties sont l'une et l'autre soumises à un contrat international, lequel obéit à ses règles propres. Elles ont l'une et l'autre accepté de se soumettre à une juridiction dépendant d'un organisme international. Le sort du contrat dépend par conséquent de la validité de ses clauses et des principes qui, dans le droit burkinabé, régissent le droit contractuel. Le fait que, selon les règles internes, la

participation de l'Etat au contrat doit revêtir la forme d'une loi n'y change rien ; cette loi n'est pas supérieure au droit du contrat ; elle ne fait qu'en aménager l'application dans le droit burkinabé. La loi par laquelle le contrat a été accepté n'a pas modifié fondamentalement la nature de celui-ci. Il s'agissait simplement de la forme requise pour exprimer la volonté de l'Etat burkinabé d'y participer. Il n'en va pas différemment de la loi par laquelle le contrat a été résilié. Cette loi ne fait que manifester la volonté de l'un des partenaires au contrat ; elle n'en change pas l'essence.

VI. CONSEQUENCES FINANCIERES

B. La possibilité de restitution et son montant

1. Le principe

6.09 « Si l'on s'en tenait rigoureusement à la règle relative aux conséquences d'une convention jugée viciée par suite de dol ou pour violation de l'ordre public, il conviendrait que chacune des parties restitue à l'autre tout l'enrichissement dont elle a bénéficié en relation avec la mise en place de cette convention et son exécution partielle. Une telle construction est toutefois artificielle lorsque les parties ont effectivement pu développer durant plusieurs mois des relations commerciales sur la base de cette convention.

6.11 « Il en va différemment pour les prestations que chacune des parties a engagées et investies dans la CEMOB. Cette société portait l'ensemble du système d'exploitation des gisements aurifères. Ces gisements existent toujours et il importe par conséquent de « liquider la CEMOB » et, par voie de conséquence, les apports que les deux parties ont faits.

6.12 « L'apport de l'Etat est évident. Compte tenu de la teneur de la sentence, dans ses parties antérieures, le Tribunal considère conforme à l'objectif visé que l'Etat

puisse récupérer la totalité des biens de la CEMOB, y compris les sites (qui lui appartiennent en tout cas) dans leur état actuel.

6.13 « La seule question qui se pose, est dès lors de savoir si SIREXM a droit au remboursement des investissements qu'elle prétend avoir faits dans la CEMOB et au remboursement des créances dont elle prétend être titulaire.

2. L'objection tirée de l'adage « *Nemo Auditur [propriam turpitudinem suam allegans]* »

6.14 « L'application de l'adage repose, en règle générale, sur l'existence d'une cause immorale sur laquelle se fonde le contrat. En effet, les contrats immoraux, c'est-à-dire contraires aux bonnes mœurs, sont des contrats éligibles par prédilection à l'application de l'adage. Cela étant, il existe quelques arrêts d'exception qui l'ont appliqué en cas d'existence d'une cause illicite.

6.15 « L'examen de la jurisprudence et de la doctrine démontre que l'adage « *Nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans* » n'est appliqué que lorsque le but immoral voire illicite poursuivi par les parties est inhérent au contenu de l'acte ou à ses résultats.

6.16 « Le bien-fondé de la règle qui découle de l'adage en question a été très discuté.

« - D'abord, il lui est fait reproche d'aboutir à donner effet à un contrat nul (en permettant à l'une des parties de ne pas restituer la prestation exécutée), de consacrer ainsi un enrichissement sans cause.

« - Ensuite, il est reproché à l'adage de donner une prime à l'immoralité en incitant la partie bénéficiaire de la prestation qui n'aurait pas fourni la sienne à demander la nullité de l'acte dans le dessein de conserver la prestation reçue. L'exemple le plus célèbre donné pour mettre en évidence les limites de la règle « *Nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans* » est celui de l'acquéreur d'une maison de

tolérance, entré en possession avant paiement du prix, qui demande la nullité du contrat qui lui permettra de ne pas payer le prix et de conserver l'immeuble. L'exemple est d'ailleurs utile parce qu'il indique le sens précis qui est d'ordinaire donné à l'immoralité en cause. Il s'agit généralement de contrats qui enfreignent la morale sexuelle. Cette précision est importante, non pas du point de vue de la définition de ce qui est ou n'est pas immoral, mais comme une indication de la portée de l'adage en droit.

« - Enfin, l'application de l'adage a souvent conduit à confondre, d'une part, le régime de la nullité et des restitutions et, d'autre part, celui de la responsabilité des parties consécutives à l'existence d'une faute précontractuelle ayant entraîné l'annulation.

6.17 « Sur le fondement des critiques adressées à l'adage « *Nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans* », son application en matière de nullité est refusée par la jurisprudence dans un nombre important de cas. Il semble bien établi, d'ailleurs, que, même dans ces cas, la conduite des parties, dont découle la nullité du contrat, peut être prise en considération quant à l'étendue de la restitution ; les modalités de la restitution peuvent être interprétées et appliquées de manière particulièrement stricte envers la partie qui a été « coupable » de la faute qui a entraîné la nullité.

6.18 « Enfin, il faut observer que la bonne ou la mauvaise foi des parties est sans incidence sur le caractère intégral des restitutions, sauf dans le cas expressément prévu par la loi à l'article 549 du Code civil français qui permet, en matière de droit de propriété, au possesseur de bonne foi de conserver les fruits de la chose.

6.19 « Le Tribunal constate que les conditions requises pour l'application de l'adage « *Nemo auditur* », ne sont pas remplies dans le cas présent. Le but déclaré de la Convention, sur lequel il y a eu accord des parties, notamment, l'exploitation des sites aurifères au Burkina Faso, n'est pas immoral et le fait que le consentement de l'une des parties soit entaché de dol ne rend pas la Convention toute entière immorale. Le Tribunal ne peut donc accepter que l'adage « *Nemo auditur propriam turpitudinem suam*

allegans » puisse recevoir en l'occurrence application et empêcher la restitution consécutive à l'annulation.

3. Les demandes de restitution du capital souscrit

6.24 « Le Tribunal considère que la restitution des trois montants réclamés au titre des apports au capital de la CEMOB doivent être admis, et cela pour les raisons suivantes :

« (i) Matériellement, la position finalement retenue est celle selon laquelle chacune des parties doit pouvoir récupérer l'investissement qu'elle a fait dans la CEMOB. Ainsi qu'on l'a vu, l'Etat de son côté peut reprendre possession des actifs de la CEMOB et surtout de la libre disposition des sites, avec tout ce qui a pu y être investi. Il reprend également la liberté de pouvoir confier l'exploitation de ces sites à d'autres entreprises.

« De son côté, il paraît équitable que, la maxime « *Nemo auditur* » écartée, la Demanderesse puisse récupérer les fonds dont elle affirme qu'ils ont été investis comme capital dans la société, initialement ou en cours de vie sociale.

« (ii) Du seul point de vue comptable, il apparaît que ces montants ont bien été investis.

« Cet argument est renforcé par le fait que ces prestations ont été effectuées dans le cadre de l'activité de la CEMOB. Sans doute a-t-on vu qu'il pouvait y avoir une connivence entre le Directeur Général de la CEMOB d'une part, les actionnaires majoritaires, voire l'office de contrôle d'autre part. Il n'empêche que l'Etat était représenté dans la société par deux représentants indépendants, que ceux-ci devaient avoir l'occasion de vérifier également la réalité des opérations qui ont été effectuées et qu'il serait aujourd'hui excessif de remettre en cause la totalité de ces opérations, lesquelles ont formellement suivi une procédure correcte dont les représentants de l'Etat pouvaient s'assurer.

4. Les créances de SIREXM à l'encontre de la CEMOB

6.28 « L'idée est en effet que la constatation de nullité pour dol et contrariété à l'ordre public burkinabé ne doit pas avoir pour conséquence la restitution de toutes les prestations que les parties se sont faites. Retenant au contraire l'idée d'une relation contractuelle de fait, les deux parties sont renvoyées dos à dos, sans obliger de l'une qu'elle restitue les apports qu'elle prétend avoir faits, de l'autre qu'elle rembourse le montant de l'or qu'elle a pu retirer et vendre durant cette période. Pour des motifs qui tiennent notamment à des exigences pratiques et à l'impossibilité où l'on se trouverait de « redémonter » l'ensemble des opérations, les comptes sont « bouclés » à la date de la résiliation. Les seules mesures qui sont ordonnées sont la « dissolution » de la CEMOB, avec restitution à chaque partie des apports qu'elle a faits.

5. Les demandes pour valorisation des sites

6.33 « Il ne s'agit pas en effet d'obtenir la réparation d'un dommage consécutif à la rupture du contrat, puisque, pour les motifs que l'on a évoqués, la Convention de base est déclarée nulle. Qui plus est, il serait pour le moins choquant de voir la Demanderesse, dont la conduite est entachée de dol, obtenir une indemnité en réparation d'un dommage qu'elle aurait elle-même subi.

« Le fondement de cette créance ne pourrait donc être qu'une créance en restitution d'un enrichissement illégitime. Tout d'abord, l'étude des faits laisse des doutes quant à la réalité de la prétendue valorisation des sites ou au moins quant à son étendue. Il est certes possible, encore que le point soit fortement contesté, qu'il y ait eu une véritable revalorisation. Mais il semble déraisonnable de prétendre que si, après plus de trois ans d'exploitation et développement des sites aurifères, la valeur de ces sites n'est pas la même qu'au début de l'opération de CEMOB, l'excédant constitue une contribution directe de SIREXM. La Demanderesse sera remboursée pour ses contributions au capital de la société qui a procédé à la valorisation des sites. Aller au-

delà reviendrait finalement à indemniser une des parties à un contrat annulé pour dol, et qui plus est la partie responsable pour le dol. En tout état de cause, il n'apparaît pas au Tribunal en l'occurrence acceptable sur le plan des principes que SIREX/SIREXM, auteur du dol ayant vicié la Convention, puisse prétendre être indemnisée de la valorisation des sites. Le dol ne saurait avoir de primes.

« Les bénéfices déjà retirés ou à retirer dans l'avenir de l'exploitation des mines font partie des prétentions pour lesquelles le Tribunal considère qu'il n'y a pas lieu de procéder à une répartition. »

(...)