

Opinion dissidente

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)

**sur le *ratione temporis*
et la compétence du Tribunal**

Introduction

1. Je suis d'accord avec la majorité pour estimer que, si l'événement ou les événements donnant lieu au différend se sont produits avant que la famille Blattner ne prenne le contrôle de SAFRICAS, le Tribunal n'est pas compétent ; mais s'ils se sont produits après, il l'est¹.

2. Je suis également d'accord pour estimer que nous avons devant nous tous les éléments de preuve pertinents pour décider de cette question².

3. Je ne suis pas d'accord avec la conclusion de mes collègues selon laquelle ce Tribunal n'est pas compétent *ratione temporis*.

¹ La Sentence, para. 116. Il est communément admis que la famille Blattner a pris le contrôle de SAFRICAS en 2000.

² La Sentence, para. 119. Je ne suis pas d'accord avec la dernière phrase du paragraphe 117. Dans l'affaire *Impregilo c. Pakistan*, la décision de joindre au fond les demandes présentées en vertu du Traité n'avait rien à voir avec la différence entre lesdites demandes et celles présentées en vertu du Contrat, lesquelles ont été exclues de la décision du Tribunal sur la compétence *ratione personae* et/ou *ratione materiae*, l'examen au fond devant se faire uniquement au titre des demandes présentées en vertu du Traité ; voir *Impregilo*, paras. 305-306, 316.

4. D'une part, je suis en désaccord avec le raisonnement menant à cette conclusion. D'autre part, je suis d'avis qu'une analyse appropriée des éléments du dossier et des aspects juridiques de ce différend, s'agissant notamment de la disposition pertinente du Traité applicable en la matière, considérée en outre à la lumière des décisions rendues par d'autres tribunaux dans des affaires analogues, ne peut qu'aboutir à une différente conclusion.

Examen du raisonnement sous-tendant la Sentence à la lumière du Traité applicable

5. Le raisonnement de mes deux collègues dont il est ici question figure au paragraphe 121 de la Sentence:

« 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.... 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. »

6. La disposition pertinente du Traité applicable — article VII(6) — précise que:

« Aux fins de toute procédure engagée devant le Centre ... toute société dûment constituée aux termes des lois et des 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 ladite autre Partie, est traitée comme un ressortissant ou une société de ladite autre Partie. » (Traduction du Tribunal)

7. Bien que cette disposition soit citée dans la Sentence, aucune analyse n'est fournie sur le sens à lui donner, ni littéralement, ni dans l'esprit. Pour reprendre ce qui a

été dit dans l'affaire *Lucchetti c. Pérou*³, je pense qu'on ne peut statuer adéquatement sur un différend comme celui-ci en l'absence d'une telle analyse.

8. Si l'on s'en tient à la seule lettre de cette disposition, mais également au vu d'autres dispositions analogues des Traités applicables dans d'autres affaires soulevant une question similaire⁴, il est clair qu'une distinction peut (et doit) être faite entre un « différend » et « l'événement ou les événements donnant lieu au différend ». Or, la Sentence n'indique pas clairement si la majorité prend comme critère d'appréciation un différend ou l'un quelconque des événements y donnant lieu. Les paragraphes 117 et 121 semblent pencher dans le premier sens ; le paragraphe 116, dans le second.

Y avait-il différend ?

9. Ce qui est dit dans l'affaire *Lucchetti*, où il est fait mention d'un certain nombre d'autres cas de jurisprudence, constitue la référence quant à la signification du terme « différend » en tant que notion juridique. Dans cette affaire, le tribunal a déclaré en l'occurrence:

« Le Tribunal fait observer que le terme différend, en tant que concept juridique, a une signification qui est admise. Il a été défini, d'une manière qui fait autorité, comme étant "un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes", ou comme une "situation dans laquelle deux parties ont des points de vue manifestement opposés concernant la question de l'exécution ou de la non-exécution" d'une obligation juridique. Bref, on peut considérer qu'il y a différend lorsque les parties établissent clairement des demandes factuelles ou juridiques contradictoires à l'égard de leurs droits ou obligations respectifs, ou le

³ Voir notamment l'Opinion dissidente par Sir Franklin Berman QC du 13 août 2007, para. 8 dans l'affaire *Empresas Lucchetti, S.A. et Lucchetti Peru, S.A. c. République du Pérou* (Affaire CIRDI No ARB/03/4), Décision d'annulation du 5 septembre 2007 ; voir également *Lucchetti*, Décision d'annulation, para. 114.

⁴ Par exemple, les affaires *Lucchetti et Helnan. Lucchetti*, Décision d'annulation ; *Helnan International Hotels A/S c. République arabe d'Égypte* (Affaire CIRDI No ARB/05/19), Décision sur la compétence du 17 octobre 2006.

fait que “la demande d’une partie fait l’objet d’une opposition définitive de la part de l’autre”⁵. »

À la lecture du paragraphe 91 de la Décision du Comité *ad hoc* dans cette même affaire *Lucchetti*, j’ai eu le sentiment que le Comité n’était pas en désaccord avec cette approche de principe.

10. À mon avis, le même concept peut s’appliquer, pour ce qui est de définir ce qu’est un « *différend* », dans la présente affaire.

11. La question est alors de savoir, si l’on applique ce concept dans la présente affaire, s’il y avait différend entre les parties avant que la famille Blattner ne prenne le contrôle de SAFRICAS en 2000. Y avait-il, avant ce moment, désaccord sur un point de droit ou de fait, ou opposition de thèses juridiques ou d’intérêts entre elles ? Avaient-elles des points de vue manifestement opposés concernant l’exécution ou la non-exécution d’une obligation juridique ? Les demandes des Demanderesses faisaient-elles l’objet d’une opposition définitive de la part de la Défenderesse ? Sur ces questions, la Sentence n’apporte pas d’éléments d’analyse ou, à plus forte raison, de réponse.

12. Dans ma propre analyse du dossier, je ne trouve aucun élément établissant, à un moment quelconque avant que SAFRICAS ne passe sous le contrôle des Blattner, qu’il y ait eu quelque « différend » de ce type, à savoir : désaccord sur un point de droit ou de fait, opposition de thèses juridiques ou d’intérêts, points de vue manifestement opposés concernant l’exécution ou la non-exécution d’une obligation juridique, ou opposition définitive de la Défenderesse.

13. Au contraire, il est établi (et amplement) qu’un désaccord de ce type, ou des points de vue (manifestement) opposés, ou une opposition « définitive » ne sont apparus

⁵ *Lucchetti*, Sentence du 7 février 2005, para. 48 (Traduit de l’anglais).

qu'après la prise de contrôle de SAFRICAS par les Blattner en 2000, et plus précisément pendant l'année 2004, voire après.

Les faits en l'espèce

14. Il est communément admis que le Rapport de PwC est daté du 17 février 2004 et que sa publication au Journal Officiel est intervenue le 28 juin 2004. Aucun élément du dossier ne permet de dire que ce rapport ou sa publication au Journal Officiel contenaient la moindre indication d'une quelconque contestation au sujet des montants admis par PwC — de même pour SAFRICAS.

15. Cela ne ressort pas non plus de la Sentence. Au contraire, celle-ci fait à juste titre ressortir le fait 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. »⁶

Cela se situait quatre ans après la prise de contrôle par les Blattner.

16. C'est seulement ensuite que les problèmes ont débuté, la RDC ayant à partir de ce moment commencé à refuser de payer dans leur intégralité les montants établis par PwC et confirmés dans le Journal Officiel.

17. Il n'y avait pas eu de tel refus auparavant. C'est ce que confirme la déclaration de la RDC selon laquelle elle n'a jamais refusé de payer une dette à l'égard de SAFRICAS :

« La RDC n'a exprimé aucun refus de payer les dettes dues à tous ses créanciers locaux. »⁷

⁶ Sentence, para. 37. Et celle-ci fait observer — à juste titre — dans son para. 36 que la publication au Journal Officiel devait être censée répondre à une obligation légale au sujet des factures correspondantes.

⁷ Réponse de la RDC au contre-mémoire de SAFRICAS et African Holding Company of America sur les exceptions préliminaires (ci-après dénommée la « Réponse »), para. 26.

C'est SAFRICAS qui a refusé le montant réduit qui était prévu. C'est alors que les points de vue opposés ont commencé à se cristalliser.

18. Le fait est que les factures alors impayées n'avaient pas encore été réglées. Mais cela ne peut être considéré pour autant comme un différend. Le fait est que la RDC n'était pas en mesure d'acquitter ses dettes et que cela était admis par les Demanderesses. C'est ce que les Demanderesses ont fait valoir tout au long de cette procédure d'arbitrage, et la Défenderesse l'a reconnu. Comme celle-ci l'a souligné à l'audience :

« [L]'État congolais n'a pas été capable d'effectuer les paiements réclamés par celle-ci pour rémunérer ses prestations⁸. »

Analyse juridique

19. Ce que la Défenderesse semble faire, et mes collègues accepter, c'est assimiler ou identifier le non-respect d'un contrat à un différend. Cela est, à mon sens, juridiquement erroné. La non-exécution d'un contrat peut aboutir à un différend, au cas où le créancier ne l'accepte pas. Mais elle ne constitue pas nécessairement, en soi, un différend. Un créancier est entièrement libre d'accepter, à titre temporaire voir permanent, la non-exécution par son débiteur de son obligation. C'est seulement si et quand le créancier n'accepte plus cette non-exécution qu'un différend peut surgir.

20. Dans ce contexte, il y a lieu de noter la référence qui est faite à l'article 7.1.1 des Principes d'UNIDROIT dans le paragraphe 121 de la Sentence. Il est vrai que, selon cette disposition, la non-exécution par une partie englobe également l'exécution défectueuse ou tardive. Mais là n'est pas le problème. Le problème est de savoir si la non-exécution peut être identifiée à un « différend ». Le chapitre 7 des Principes d'UNIDROIT, qu'on le

⁸ À savoir SAFRICAS. L'audience sur la compétence, première journée (2 octobre 2007), Note de plaidoirie de la Défenderesse, para. 28.

lise à la lettre ou dans l'esprit, prouve le contraire. Par exemple, l'article 7.1.5(1), dispose :

« En cas d'inexécution, le créancier peut notifier au débiteur qu'il lui impartit un délai supplémentaire pour l'exécution de ses obligations. »

D'autres dispositions (telles que l'article 7.1.4) indiquent de même que la non-exécution ne constitue pas nécessairement et automatiquement un différend.

21. Dans les faits et d'un point de vue juridique, c'est au créancier qu'il appartient de décider si (et quand) il choisit de transformer en différend la non-exécution de son obligation par son débiteur.

22. Le moment où le créancier dans le cas présent, à savoir SAFRICAS, a choisi d'agir de la sorte est une fois qu'il a cessé d'accepter le non-paiement et décidé d'y donner suite. Autrement dit, le différend a débuté à partir du moment où la Défenderesse, bien qu'alors très probablement en mesure de régler les montants impayés, a clairement fait savoir qu'elle ne souhaitait pas le faire, ce que les Demanderesses n'ont alors pas accepté. C'est alors que, pour reprendre les termes employés dans l'affaire *Helnan*⁹, l'échange actif entre parties a commencé à résoudre cette différence.

23. À cet égard, je suis également en désaccord avec l'observation formulée dans la Sentence, selon laquelle la question de savoir si la RDC a formellement refusé de payer ou gardé le silence est sans importance eu égard à la nature du différend. Et une conduite de ce type ne saurait être identifiée avec ce qu'est un différend dans son acception juridique généralement admise. Peut-on vraiment dire que, si un débiteur garde le silence, on est en présence d'un « *point de vue manifestation opposé* » ?

⁹ Voir para. 35, *infra*. C'est également dans l'affaire *Helnan* qu'il a été établi — à juste titre — que certains événements peuvent « se cristalliser » en un différend.

24. Même un refus formel de payer ne doit pas nécessairement être identifié à un « différend », comme la majorité semble le suggérer lorsqu'elle dit, au paragraphe 121:

« 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. »

Si le créancier accepte un refus formel, il n'y a pas de différend. Dans le cas présent, le Créancier, à un certain moment — bien après 2000 —, n'a pas accepté qu'une fraction seulement de sa créance soit payée. C'est ce refus qui a déclenché le différend.

25. Il découle de ce que je viens de dire que je ne peux non plus être d'accord avec la dernière phrase du paragraphe 100, à savoir :

« 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. »

26. D'une part, encore une fois, si ce non-paiement avait été — temporairement — accepté par les Demanderesses, il n'y aurait pas eu de différend. D'autre part, la nature du différend ne tenait pas à ce que les travaux n'aient pas été réglés. Elle tenait à ce que ce non-paiement ait été accepté par les Demanderesses avant la date clé et ne l'ait plus été après cette date — à un moment où, de plus, la RDC a indiqué pour la première fois qu'elle ne souhaitait pas, en tout état de cause, régler le montant total.

27. Il sera également évident que, pour les mêmes raisons, je ne suis pas non plus d'accord avec la première phrase du paragraphe 121. La nature du différend ne tenait pas à ce que les travaux aient été effectués au titre d'un contrat et qu'ils n'aient pas été réglés. Elle tenait au fait que, bien que les montants de la créance des Demanderesses aient été établis dans le Rapport de PwC et admis par la RDC, celle-ci n'a pas voulu régler ces montants dans leur intégralité, et cela n'a pas été accepté par les Demanderesses.

Les « nombreuses réclamations »

28. Tant dans sa Réponse qu'à l'audience, la Défenderesse a fait référence aux « nombreuses réclamations » des Demanderesses comme établissant l'existence d'un différend dès avant 2000. Considéré de plus près, cet argument ne peut être retenu¹⁰.

29. Premièrement, les réclamations de SAFRICAS visaient clairement à rappeler à la RDC l'existence des factures impayées, ce qui est tout à fait normal, dans le contexte d'activités commerciales, si et quand des factures restent impayées. D'ailleurs, ces demandes prennent une importance secondaire au vu du fait que SAFRICAS a accepté le non-paiement au motif que la RDC était dans l'incapacité de payer, comme le reconnaît la Défenderesse ; je cite :

« Le non-respect desdites obligations est survenu à partir du moment où, après avoir réceptionné les travaux finis de la part de SAFRICAS, l'Etat congolais n'a pas été capable d'effectuer les paiements réclamés par celle-ci pour rémunérer ses prestations¹¹. »

Deuxièmement, lorsque la Défenderesse fait référence aux « nombreuses réclamations », elle ne se réfère pas en fait à ces rappels mais à la série de procès-verbaux de certification de ses créances que SAFRICAS a présentée à la Commission et à d'autres autorités¹².

30. Mais cette présentation de factures n'était pas contestée. La nature de la procédure menée devant la Commission n'était, au fond, pas différente des procédures ultérieures concernant PwC.

31. Comme le confirme la Réponse:

¹⁰ Réponse, para. 28; je ne vais rien dire au sujet des références faites aux « conditions irrégulières », dans la mesure où je suis d'accord avec la Sentence à ce sujet. Voir la Sentence, paras. 48, 53.

¹¹ Réponse, para. 29.

¹² *Ibid.*, para. 32.

« Après la chute du régime Mobutu en mai 1997, les nouvelles autorités congolaises ont décidé de payer les créances détenues par les opérateurs économiques sur l'Etat congolais en vue d'aider le secteur privé à participer à la relance de l'économie du pays détruite par une mauvaise gestion de plusieurs années et par la guerre civile¹³. »

Elle ajoute cependant, ce qui correspond à l'argumentation des Demanderesses:

« Mais il fallait d'abord déterminer le montant global de la dette publique intérieure de l'Etat et les différents créanciers concernés. C'est dans ce contexte qu'une Commission gouvernementale de certification de la dette publique intérieure a été mise en place en 1998. Tous les créanciers de l'Etat ont donc été invités à présenter leurs réclamations, avec des pièces justificatives, en vue de faire certifier leurs créances.¹⁴ »

32. Ces citations prouvent par ailleurs que l'établissement des montants de la Créance des Demanderesses par la Commission ne constituait pas un différend au sens où on l'entend généralement. Quoi qu'il en soit, il est on ne peut plus clair que la RDC — ainsi que SAFRICAS — admettait les montants, tels qu'établis par la Commission¹⁵, et que ces montants auraient été réglés si ce n'est pour le fait que « ... le Gouvernement congolais n'aurait pas été en mesure d'honorer ses engagements... (etc.) ». Ce qui, comme indiqué plus haut, a également été admis par les Demanderesses.

Jurisprudence applicable

33. J'estime également que la décision de la majorité sur cette question est en contradiction avec les affaires mentionnées au paragraphe 116 de la Sentence.

34. Dans l'affaire *Helnan*, la disposition pertinente du Traité d'investissement bilatéral (TBI) précisait ce qui suit:

« Les dispositions du présent Accord s'appliquent à tous les investissements réalisés par des investisseurs d'une partie contractante

¹³ *Ibid.*, para. 20 (non souligné dans le texte).

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Les Demanderesses ont parfois accepté une réduction du montant qu'elles avaient soumis. Voir le Mémoire des Demanderesses, para. 10.

sur le territoire de l'autre partie contractante avant ou après l'entrée en vigueur de l'Accord. Toutefois, elles ne sont applicables aux divergences ou différends survenus avant son entrée en vigueur¹⁶. »

35. Il y avait débat entre les parties quant à la signification des termes « divergences » et « différends ». Le tribunal a considéré qu'il y avait lieu de faire une distinction entre ces termes, et ajouté :

« ... désaccord entre les parties sur des points spécifiques et leur connaissance respective dudit désaccord, il y a une importante distinction à faire entre eux dans la mesure où ils n'impliquent pas le même degré d'animosité. En fait, en cas de divergence, les parties ont des points de vue différents mais sans nécessairement donner suite d'une manière active à cette différence. Par contre, en cas de différend, la différence de points de vue fait l'objet d'un échange actif entre les parties, dans des conditions qui indiquent que celles-ci souhaitent résoudre cette différence, que ce soit auprès d'une tierce partie ou d'une autre manière. Par conséquent, des points de vue différents des parties à l'égard de certains faits et situations deviennent une "divergence" lorsqu'elles sont mutuellement conscientes de leur désaccord. Cela se cristallise en "différend" dès que l'une des parties décide de chercher une résolution, que ce soit ou non auprès d'une tierce partie¹⁷. » (Traduit de l'anglais)

Le tribunal a ensuite fait observer qu'il y avait eu (seulement) des divergences avant que le Traité n'entre en vigueur, mais qu'elles s'étaient cristallisées par la suite en différend instantané¹⁸.

36. Dans l'affaire *Maffezini c. L'Espagne*, voici ce qui a été dit:

« Le Tribunal note à cet égard qu'il y a tendance à y avoir un enchaînement naturel d'événements qui aboutit à un différend. Cela commence par l'expression d'un désaccord et le constat d'une différence de points de vue. À la longue, ces événements acquièrent un sens juridique précis de par la formulation de prétentions juridiques, leur examen et, à terme, leur rejet ou l'absence de réponse de l'autre partie. L'opposition de thèses juridiques et d'intérêts n'apparaîtra qu'au stade ultérieur, quand bien même les faits sous-jacents sont intervenus antérieurement. Il a par ailleurs été noté à juste titre que l'existence du différend présuppose un minimum de communications entre les parties, une partie soulevant la question devant l'autre, et cette dernière s'opposant à la position du

¹⁶ Egypte-Danemark TBI, Art. 12 (cité dans *Helnan International Hotels A/S c. République arabe d'Égypte* (Affaire CIRDI No ARB/05/19), Décision sur la compétence du 17 octobre 2006, paras. 33, 49) (Traduit de l'anglais).

¹⁷ *Ibid.*, para. 52 (Traduit de l'anglais).

¹⁸ *Ibid.*, para.55.

Demandeur d'une manière directe ou indirecte. Cet enchaînement d'événements doit être pris en compte au moment d'établir la date clé pour ce qui est de déterminer quand, au titre du TBI, un différend remplit les conditions requises pour être couvert par le consentement nécessaire en vue d'établir la compétence du CIRDI¹⁹. »

37. Où étaient, dans la présente affaire, « l'expression d'un désaccord et le constat d'une différence de points de vue » ? À quel point du processus de communication entre les parties, avant la fin de 2004, la Défenderesse s'est-elle opposée à la position des Demanderesses d'une manière directe ou indirecte ? À quel moment l'une des parties a-t-elle décidé de chercher une résolution, que ce soit ou non auprès d'une tierce partie ?

38. Aucune analyse n'est formulée à cet égard dans la Sentence ; et la réponse ne peut être trouvée dans les éléments du dossier d'une manière qui soutienne la conclusion exprimée dans la Sentence. À mon avis, ce n'est qu'à partir du Rapport de PwC que cela est possible.

Absence d'événements donnant lieu au différend avant 2000

39. Pourrait-il, au vu du libellé de l'alinéa 6 de l'article VII du Traité, y avoir un ou des événements (pertinents) donnant lieu au différend avant 2000?

40. La Défenderesse ne s'est pas beaucoup étendue sur la distinction entre différend et événement(s), mais a retenu pour sa part comme critère « *les événements...* »²⁰.

41. Cependant, elle ne l'a pas fait de manière très circonstanciée. Au paragraphe 27 des exceptions préliminaires, il est dit :

« Eu égard à ce qui précède, il est clairement établi que les événements qui ont donné naissance au présent différend ont eu lieu au moment où SAFRICAS n'était pas une société possédée ou contrôlée par des actionnaires américains, membres de la famille Blattner. De ce fait, la

¹⁹ *Emilio Agustín Maffezini c. le Royaume d'Espagne* (Affaire CIRDI No ARB/97/7), Décision du Tribunal sur la compétence du 25 janvier 2000, para. 96 (Traduit de l'anglais).

²⁰ Les exceptions préliminaires de la Défenderesse du 22 décembre 2006.

société SAFRICAS ne peut pas être considérée comme une société américaine en application des dispositions de l'article VII, alinéa 6 du TBI²¹. »

42. Mais ce qui précède ce paragraphe n'offre pas d'argument très tranché sur ce point, si ce n'est le paragraphe 9, qui donne l'impression que les contrats de construction pourraient être considérés comme les événements pertinents donnant lieu au différend.

43. Cependant, le fait que cela ne peut pas être sérieusement considéré comme l'intention de la Défenderesse découle des arguments présentés par elle à l'audience. Ce qui ressort pour l'essentiel des arguments en question présentés sur ce point à l'audience, c'est que les événements pertinents sont la conduite adoptée par la RDC à l'égard des réclamations²², ou plutôt le fait que les Demanderesses avaient formulé leurs réclamations fréquemment avant que les Blattner ne prennent le contrôle de SAFRICAS. Comme il est dit:

« En conclusion, la RDC soutient que les nombreuses réclamations introduites par SAFRICAS auprès de l'Etat congolais depuis au moins 1990 relatives au non-paiement de ses factures alors qu'elle aurait exécuté totalement les travaux en cause constituent les événements qui ont donné lieu au présent différend. Ces événements ont eu lieu avant le prétendu contrôle de SAFRICAS par la famille Blattner en 2000.

Cet élément suffit déjà en lui-même pour pousser le Tribunal à déclarer la requête de SAFRICAS irrecevable en application de l'article VII, alinéa 6 du TBI²³. »

44. Comme indiqué ci-dessus, le fait est que ces « nombreuses réclamations » introduites avant le moment en question ne sauraient, au vu des éléments de preuve disponibles, être considérées comme des éléments pertinents (ou, à plus forte raison, déterminants) à l'origine du différend.

²¹ *Ibid.*

²² Note de plaidoirie de la Défenderesse, para. 26-35.

²³ *Ibid.*, para 35.

45. Il convient de souligner à cet égard que, dans le long exposé qu'elle a fait sur ce point à l'audience, la Défenderesse n'a pas une seule fois fait valoir qu'elle ait jamais, à un quelconque moment correspondant à la période des « nombreuses réclamations », contesté la demande ou l'une quelconque de ces « nombreuses réclamations ».

46. Un autre point mérite d'être souligné: considérer les contrats comme l'élément constitutif (central) du différend irait, selon moi, à l'encontre des principes généralement admis de causalité. Certes, si les contrats n'avaient pas existé, le différend n'aurait pas pu se produire et n'aurait effectivement jamais eu lieu. Mais c'est là un raisonnement de type « condition sine qua non » qui, je le crois, n'est plus admis. Si ma maison prend feu, on peut certes dire que l'incendie ne se serait pas produit si je n'avais pas de maison, mais cela ne dit rien sur l'événement concret à l'origine de l'incendie.

47. Tout comme j'estime qu'il n'existait pas de différend jusqu'à ce qu'un certain temps se soit écoulé à la suite du Rapport de PwC — soit bien après la prise de contrôle de SAFRICAS par les Blattner —, j'estime de même qu'il n'y a pas eu d'événements pertinents donnant lieu audit différend avant cette date. À mon avis, il aurait fallu que les événements en question soient d'une nature litigieuse au sens où cela s'entend généralement dans le cas d'un différend. Je ne peux trouver aucun événement litigieux de ce type dans le dossier ; et il n'en est pas fait état ou mention — élément de preuve à l'appui — dans la Sentence. Comme il ressortira des observations que j'ai faites ci-dessus, je ne vois pas d'événements de ce type précédant le différend qui a fini par surgir et faisant apparaître (avant 2000 !) qu'il existait un désaccord, une différence d'opinions ou de points de vue²⁴, ou à plus forte raison : « *un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts, des*

²⁴ Affaires *Helnan et Maffezini*.

points de vue manifestement opposés concernant l'exécution ou la non-exécution d'une obligation juridique, ou une quelconque opposition définitive » de la Défenderesse²⁵.

48. Au mieux, on pourrait faire valoir, comme dans les affaires *Helnan* et *Maffezini*, que le différend qui a fini par surgir entre SAFRICAS et la RDC s'est produit après 2004 mais que certains événements, par un enchaînement naturel, se sont produits avant cela.

Conclusions

1. Au vu des éléments du dossier, il n'existait pas de différend, au sens juridique généralement admis, avant que les Blattner ne prennent le contrôle de SAFRICAS.
2. Il n'y a pas eu non plus d'événements, dans le sens d'éléments factuels et juridiquement requis, donnant lieu au différend avant cette date.
3. Par conséquent, le Tribunal a compétence « *ratione temporis* ».

[Signé]

M. O.L.O de Witt Wijnen
Arbitre

Date: le 14 juillet 2008

²⁵ Affaires *Lucchetti* et *Jan de Nul*.