

Date d'envoi: 10 février 1999

Centre international pour le règlement des différends
relatifs aux investissements

**Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi
(Affaire CIRDI ARB/95/3)**

S E N T E N C E

Rendue par un Tribunal arbitral composé de :

Président : M. Prosper Weil

Membres : M. Mohammed Bedjaoui
M. Jean-Denis Bredin

Secrétaire du Tribunal : Mme Eloïse M. Obadia

Centre international pour le règlement des différends
relatifs aux investissements

Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi
(Affaire CIRDI ARB/95/3)

Dans l'instance d'arbitrage opposant

Monsieur Antoine Goetz et consorts, requérants, représentés par
Maître Dominique Herbosch, avocat au barreau d'Anvers,

Et la République du Burundi, défenderesse,

Le Tribunal arbitral, composé de

Monsieur Prosper Weil, président,
Monsieur Mohammed Bedjaoui et
Monsieur Jean-Denis Bredin, arbitres,

Saisi par Monsieur Antoine Goetz et cinq autres actionnaires de la
société de droit burundais AFFIMET, tous de nationalité belge, d'un diffé-
rend né de la décision prise par le Gouvernement de la République du
Burundi le 29 mai 1995 de retirer le certificat d'entreprise franche qui avait
été accordé à la société AFFIMET le 3 février 1993,

Prononce la sentence suivante :

PREMIÈRE PARTIE LA DÉCISION DU 2 SEPTEMBRE 1998

A la date du 2 septembre 1998 le Tribunal arbitral a rendu la décision dont le texte suit :

I. LES FAITS

1. Par un décret-loi n° 1/30 du 31 août 1992 la République du Burundi a institué un “régime de zone franche” permettant à certaines entreprises établies au Burundi de bénéficier d’un ensemble d’exonérations fiscales et douanières ainsi que de mesures d’incitation dans les domaines de la législation du travail et du contrôle des changes. Aux termes du préambule du décret-loi, ce régime a pour objet “de promouvoir les exportations, particulièrement des produits non traditionnels, de stimuler les investissements privés, nationaux et étrangers, de générer de nouveaux emplois et de favoriser des transferts de technologie et de savoir-faire dans les domaines de la production, de la gestion et de la commercialisation”, ainsi que “de rendre plus compétitifs les produits du Burundi sur les marchés d’exportation, notamment par rapport à ceux originaires d’autres pays en développement où existent des zones franches”. Le décret-loi déclare éligibles au régime de zone franche les activités se déroulant “dans un secteur non traditionnel” – sans pour autant fournir une définition de ce concept ou une énumération des activités visées – et subordonne le bénéfice de ce régime à l’octroi d’un agrément ministériel dénommé certificat d’entreprise franche, délivré sur avis d’une Commission consultative.

2. Les mesures d’exécution du décret-loi n° 1/30 du 31 août 1992 furent prises par une ordonnance ministérielle n° 750/415 du 28 septembre 1992. Par ce texte furent déclarées non éligibles au régime de zone franche les entreprises exportant les produits traditionnels énumérés (café marchand, thé noir, coton-fibre, peaux brutes, animaux vivants), étant précisé, toutefois, que cette liste pouvait être modifiée par ordonnance du Ministre ayant le commerce extérieur dans ses attributions. Quant aux minerais, ils faisaient l’objet d’une disposition spéciale. Aux termes de l’article 2 de l’ordonnance, en effet,

Les minerais peuvent être éligibles au régime de zone franche à condition qu’ils aient subi une transformation conforme aux

dispositions particulières arrêtées, pour chaque type de minéral, par les services compétents des Ministères ayant respectivement les mines et le commerce extérieur dans leurs attributions.

3. Le 22 décembre 1992, par acte dressé devant notaire à Bujumbura, était constituée une société par actions à responsabilité limitée, régie par la législation burundaise, et dont le siège était établi à Bujumbura, société dénommée “Affinage des Métaux, en abrégé AFFIMET”. Aux termes de l’article 4 des statuts,

La société a pour objet la production, l’affinage et la commercialisation des métaux précieux ainsi que l’achat sur le marché local, régional et international des minerais nécessaires à cette activité.

Et généralement toutes opérations financières, commerciales, industrielles, civiles, mobilières et immobilières pouvant se rattacher directement ou indirectement soit à l’une des activités susvisées soit (à) tout autre objet social similaire ou connexe.

Elle pourra notamment acquérir, effectuer toutes opérations d’importation, d’exportation, de représentation ou de conseil sans que la présente énumération (...) soit limitative.

Le capital social d’AFFIMET est représenté par mille actions réparties entre six actionnaires de nationalité belge (soit 750 actions à Monsieur Antoine Goetz, 230 actions à Madame Theresia Pooters et 19 actions à quatre autres personnes) et un actionnaire de nationalité ruandaise (1 action).

4. Par lettre du 2 janvier 1993 AFFIMET sollicita son agrément en qualité d’entreprise franche.

5. Le 1^{er} février 1993 la Commission consultative du régime de zone franche constata “à l’unanimité que les activités de cette entreprise sont éligibles au régime de zone franche”, et deux jours après, à savoir le 3 février 1993, le Ministre du commerce et de l’industrie délivra, à AFFIMET le certificat d’entreprise franche. Aux termes de ce certificat,

Les activités de l’entreprise sont : la production d’argent fin à 99,9%, d’or fin en lingot et en grenailles à 99,9% ; fabri-

cation d'alliage et de bijoux, traitement et affinage des métaux précieux, taille des métaux précieux.

Le certificat subordonnait l'activité de l'entreprise à certaines conditions. Il indiquait notamment que l'entreprise devait démarrer ses activités au plus tard le 1er juillet 1993. Il ajoutait que dans le cas où l'entreprise n'aurait pas démarré ses activités à cette date, elle s'exposerait au risque de voir annuler ce certificat.

6. Sur la base de ce certificat, AFFIMET effectua, au dire des requérants, "des investissements énormes en vue de la réalisation optimale de l'objet social". Sans que le Tribunal ait à se prononcer, à ce stade de la procédure, sur le bien-fondé de ce qualificatif, il note que selon AFFIMET ces investissements s'élevaient en juin 1995 à deux millions de dollars (lettre à AMEX INTERNATIONAL du 9 juin 1995).

7. L'octroi de l'agrément fut suivi de ce que le Ministre du commerce et de l'industrie appellera, dans une lettre du 9 juillet 1993, "des différends d'interprétation des textes régissant les activités de votre société". Ces divergences, notera le Ministre, "ont été à la base d'instructions qui ont pu perturber le fonctionnement de votre société". Des pièces versées au dossier il semble en effet ressortir que les services gouvernementaux et administratifs burundais ont été divisés à la fois quant à la régularité de l'agrément délivré alors que les textes d'application relatifs aux minerais n'avaient pas encore été pris et quant à l'opportunité de faire bénéficier les activités relatives à l'or et aux métaux précieux des avantages du régime de zone franche. Dans cette même lettre du 9 juillet 1993, le Ministre du commerce et de l'industrie informa AFFIMET que

Après les consultations d'usage avec les services du Ministère ayant les mines dans ses attributions, il a été convenu ce qui suit :

1°) Une commission sera mise sur pied pour examiner l'opportunité de maintenir l'or et les autres minerais en zone franche... Les membres de la commission visiteront sans doute votre entreprise afin de se rendre compte des investissements déjà réalisés.

2°) Afin de vérifier si votre entreprise se conforme aux engagements pris en requérant le statut d'entreprise franche, un contrôle pourra être effectué à cet effet.

3°) En attendant les décisions qui suivront les recommandations de la commission, l'entreprise AFFIMET est autorisée à poursuivre ses activités sous le régime de zone franche moyennant le dépôt d'une caution équivalant aux droits de douane qui seraient exigés en cas d'opération sous le régime commun. La caution sera remboursée si l'administration est satisfaite du respect des engagements pris par la société.

8. Dans son rapport daté du 30 juillet 1993 la Commission créée par le Gouvernement, tout en concluant "que l'affinage (de l'or) est une activité non traditionnelle éligible aux avantages du régime de zone franche" et que "l'entreprise AFFIMET a acquis son certificat d'entreprise franche d'une façon régulière et peut par conséquent exercer ses activités dans les limites de la loi", déclara néanmoins "déplorer" que "le manque de concertation entre les services ayant le commerce et les mines dans leurs attributions" ait conduit à un "blocage... quant à l'avenir du régime de zone franche burundais". La Commission regrettait, en particulier, que les dispositions devant fixer le degré de transformation pour chaque minerai n'aient pas été prises, et elle recommanda que cette lacune soit comblée rapidement. Cette lacune, ajouta-t-elle, était imputable à l'administration, et ne pouvait pas être opposée à AFFIMET, qui avait "rempli toutes les conditions exigées par la loi". Sur le plan de l'opportunité, la Commission déclara avoir "de fortes appréhensions que la loi régissant le régime de zone franche est tellement libérale que l'Etat du Burundi risque de ne pas en tirer tous les avantages escomptés". Dans le cas précis d'AFFIMET, elle estima toutefois que le manque à gagner dû aux exonérations fiscales et douanières étaient à considérer comme des "mesures incitatives acceptées par le Gouvernement pour attirer les investisseurs dans la zone franche" ; elle releva en particulier l'importance des investissements effectués par AFFIMET, les avantages tirés par le Burundi de la sédentarisation de l'industrie de l'or, les créations d'emplois et l'apport en devises.

9. Une "Note sur le dossier AFFIMET entreprise franche" rédigée par l'Agence de promotion des échanges extérieurs fut remise au Ministre du commerce et de l'industrie le 30 juillet 1993¹. Après avoir noté l'importance pour l'économie nationale des mesures de promotion prises par le Gouvernement en vue d'attirer les investisseurs et de leur garantir la sécurité de leurs investissements, la note regrettait les divergences survenues entre les divers

¹ Selon les termes de la lettre d'envoi, il s'agissait là d'une "note confidentielle". Ce document a été versé au dossier du Tribunal par les requérants sous leur responsabilité.

services compétents quant à l'application à l'or du régime de zone franche ainsi que les mesures restrictives prises à l'encontre d'AFFIMET le 9 juillet. La note concluait en ces termes :

Comme il ressort de la présente analyse, nous recommandons fortement que l'entreprise AFFIMET soit entièrement remise dans ses droits. Nous recommandons aussi que d'autres entreprises se lancent dans le secteur et bénéficient des mêmes avantages.

S'il y a nécessité de revoir telle ou telle disposition légale ou réglementaire, les services concernés devront se concerter et proposer aux autorités compétentes les modifications nécessaires. Dans l'entretemps, l'entreprise jouira pleinement de ses droits.

10. Le 20 août 1993 le Ministre du commerce et de l'industrie informa AFFIMET que

... les effets du certificat d'entreprise franche n° 001/93 (à) vous délivré le 3 février 1993 sont suspendus à partir de ce jour conformément à la décision prise par le Conseil des Ministres en date du 17 août 1993.

11. Par lettre du 10 janvier 1994, le Ministre avisa AFFIMET que la mesure contenue dans la lettre du 20 août 1993 était "levée", et ajouta :

Votre certificat d'entreprise franche n° 001/93 (à) vous octroyé le 3 février 1993 est remis en force avec tous ses effets.

12. Le Premier Ministre protesta contre cette décision auprès du Ministre du commerce et de l'industrie dans une lettre du 3 février 1994. Le Premier Ministre estimait en effet que cette décision contredisait celle prise par le Conseil des Ministres le 17 août 1993 de suspendre l'applicabilité du régime de zone franche aux minerais en attendant la mise en place des dispositions d'application. En conséquence, le Premier Ministre demandait au Ministre du commerce et de l'industrie d'annuler sa décision et "de replacer la situation de la société AFFIMET dans le cadre de la décision prise par le Conseil des Ministres en date du 17 août 1993".

13. Le 24 mars 1994 le Premier Ministre désigna une “équipe nationale” chargée d’assister un consultant international, la société AMEX INTERNATIONAL, de Washington, dans l’étude des avantages et inconvénients de l’éligibilité des minerais en général, et de l’or en particulier, au régime de zone franche. Dans son rapport remis au Premier Ministre le 22 avril 1994, l’équipe nationale critiqua les conditions dans lesquelles le régime de zone franche avait été institué et son bénéfice accordé à AFFIMET. Elle estima néanmoins qu’il serait “difficile et délicat de retirer encore une fois le certificat à AFFIMET sans conséquences dommageables à l’endroit de l’Etat du Burundi” et recommanda en conséquence de “garder le statu quo pour le moment et (de) hâter l’étude sur l’éligibilité des minerais en zone franche”. Une décision définitive au sujet de l’agrément d’AFFIMET, suggéra-t-elle, pourra être prise “à la lumière des conclusions de cette étude”.

14. Le rapport d’AMEX INTERNATIONAL, intitulé “Etude sur la réforme de la législation sur la zone franche”, fut remis au Ministre du commerce et de l’industrie le 25 avril 1995. Dans ce volumineux rapport, le consultant international procéda à un “diagnostic” de la législation sur la zone franche, en en décrivant “les forces et les faiblesses”. L’une de ses conclusions principales était que “[l]a cause du problème est... l’agrément d’une entreprise qui exerce une activité traditionnelle”, existant avant l’institution du régime de zone franche.

15. Le 29 mai 1995 le Ministre du commerce et de l’industrie informa AFFIMET que le certificat d’entreprise franche lui était retiré :

En exécution de la décision prise en Conseil des Ministres de ce vendredi 26 mai 1995 et de l’Ordonnance ministérielle n° 750/184 du 29 mai 1995, j’ai l’honneur de vous informer que le certificat d’entreprise franche n° 001/93 (à) vous octroyé le 3 février 1993 vous est retiré.

16. Les services administratifs concernés furent avisés de cette décision par une lettre du Ministre datée du même jour, à laquelle était joint le texte de l’ordonnance ministérielle n° 750/184 du 29 mai 1995 “portant mesures d’exécution du décret-loi n° 1/30 du 31 août 1992 portant création d’un régime de zone franche au Burundi”. Cette ordonnance abrogeait et remplaçait l’ordonnance n° 750/415 du 28 septembre 1992 dont elle reprenait les dispositions mot pour mot à l’exception de l’article premier, qui disposait comme suit :

Ne sont pas éligibles au Régime de Zone Franche les entreprises exerçant des activités réputées traditionnelles dont la liste suit :

- a) La production et la commercialisation du café marchand ;
- b) La production et la commercialisation du thé noir ;
- c) La production et la commercialisation du coton fibre ;
- d) La production et la commercialisation des peaux brutes ;
- e) La production et la commercialisation des animaux vivants ;
- f) *La recherche, l'extraction, l'enrichissement, le raffinage et/ou l'affinage, l'achat et la vente des minerais*².

Cette liste peut être modifiée par ordonnance du Ministre ayant le commerce extérieur dans ses attributions après avis du Conseil des Ministres.

La portée de cette ordonnance était dès lors d'ajouter les activités relatives aux minerais à la liste des activités réputées traditionnelles non éligibles au régime de zone franche.

17. AFFIMET protesta contre cette mesure auprès de diverses autorités tant directement que par l'intermédiaire de son avocat. Elle s'adressa au Ministre du commerce et de l'industrie, au Premier Ministre, à la Banque mondiale. Elle saisit la Cour administrative de Bujumbura d'une requête en annulation de la décision lui retirant son agrément en tant qu'entreprise franche. Le 5 juin 1995 elle informa le Ministre de la justice que faute de solution amiable elle recourrait à la procédure d'arbitrage dans le cadre du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), ainsi que cela était prévu par la Convention signée entre l'Union belgo-luxembourgeoise et la République du Burundi concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements. Le lendemain 6 juin 1995 son avocat procéda à la notification écrite du différend au Gouvernement burundais requise par l'article 8 de cette Convention. Le 1er septembre 1995 elle demanda l'appui diplomatique du Gouvernement belge. Ces démarches, ainsi que plusieurs autres du même ordre, demeurèrent sans résultat.

² Italiques ajoutés.

18. C'est dans ces conditions que par requête datée du 29 novembre 1995 les six actionnaires de nationalité belge d'AFFIMET, détenteurs de 999 des 1000 actions de la société, "agissant en leur qualité de fondateurs de la société", saisirent le Secrétaire général du CIRDI d'une demande d'arbitrage dans le cadre et en application de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Cette requête était fondée sur l'article 8 de la Convention entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la République du Burundi concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements signée le 13 avril 1989. Cette demande fut enregistrée au secrétariat du CIRDI à la date du 18 décembre 1995.

II. LA PROCÉDURE

A. La constitution du Tribunal arbitral

19. Par lettre du 4 janvier 1996 les requérants firent savoir au Secrétaire général du CIRDI que, les parties n'étant pas convenues au préalable du nombre et du mode de désignation des arbitres, ils proposaient, en application de l'article 2(1)(a) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, la constitution d'un tribunal de trois membres, chaque partie désignant un arbitre et les deux arbitres ainsi désignés étant chargés de nommer un troisième arbitre comme président du Tribunal arbitral.

20. Par lettre du 29 février 1996 les requérants, constatant que le délai de 60 jours après l'enregistrement de la requête, prévu à l'article 2(3) du Règlement d'arbitrage, s'était écoulé "sans réaction aucune de la part de la partie adverse", désignèrent le professeur Jean-Denis Bredin, avocat au barreau de Paris, comme "co-arbitre" et proposèrent le professeur Andreas Bucher, avocat au barreau de Genève, comme "arbitre-président". Le professeur Bredin accepta sa désignation le 11 mars 1996.

21. Par lettre du même jour la République du Burundi fit savoir qu'elle optait, "par application de l'article 2(3) du Règlement d'arbitrage, pour la formule de constitution du Tribunal prévue à l'article 37(2)(b) de la Convention". Elle ajoutait qu'elle se réservait "le droit de soulever le cas échéant les exceptions d'incompétence du Tribunal arbitral et/ou d'irrecevabilité de la requête soumise audit Tribunal".

22. Le 1er mars 1996 le CIRDI fit savoir aux parties qu'il ressortait de leurs communications qu'elles avaient opté toutes deux en faveur de la méthode de constitution du Tribunal arbitral prévue à l'article 37(2)(b) de la Convention et qu'il revenait à la République du Burundi, d'une part de désigner un arbitre, et d'autre part d'accepter la nomination du professeur Bucher comme président ou de proposer une autre personne pour remplir cette fonction.

23. Le 12 mars 1996 la République du Burundi demanda à AFFIMET de retirer la demande d'arbitrage afin de faciliter l'étude du dossier en vue d'une solution amiable. AFFIMET rejeta cette proposition par lettre du 15 mars 1996.

24. Le 18 mars 1996 la République du Burundi fit savoir au Secrétaire général du CIRDI qu'elle proposait comme arbitre Monsieur Mohammed Bedjaoui, président de la Cour internationale de Justice, et comme président du Tribunal Monsieur Keba Mbaye, juge à la Cour internationale de Justice. Elle ajoutait que cette proposition "ne (l')empêche pas de soulever toute exception (qu'elle) juger(a) utile à tout moment" et indiquait qu'elle maintenait sa proposition de suspension de la procédure afin de permettre un règlement du litige à l'amiable. Le juge Bedjaoui accepta sa désignation le 22 mars 1996.

25. Le 28 mars 1996 les requérants informèrent le Secrétaire général du CIRDI qu'ils n'acceptaient pas la proposition de désignation du juge Mbaye comme président du Tribunal arbitral et confirmèrent leur proposition de désigner le professeur Bucher pour remplir cette fonction.

26. Le 30 mai 1996 les requérants, notant que le Tribunal n'avait pas été constitué dans les 90 jours de la notification de l'enregistrement de la requête d'arbitrage, demandèrent au président du Conseil administratif du CIRDI de procéder à la nomination du président du Tribunal en application de l'article 4(1) du Règlement d'arbitrage.

27. Le 25 juin 1996 le président du Conseil administratif du CIRDI désigna le professeur Prosper Weil comme président du Tribunal arbitral. Le professeur Weil accepta cette nomination le 26 juin 1996.

28. Le Secrétaire général du CIRDI informa en conséquence les parties, par lettre du 26 juin 1996, que, conformément à l'article 6(1) du Règlement

d'arbitrage, le Tribunal arbitral était “réputé constitué à la date d'aujourd'hui, le 26 juin 1996”. Il leur fit également savoir qu'il avait désigné Monsieur Nassib G. Ziadé, conseiller juridique au CIRDI, comme secrétaire du Tribunal.

B. Le déroulement de l'instance

29. Après avoir consulté les membres du Tribunal et le secrétariat du CIRDI, le président du Tribunal fixa au 23 août 1996 (soit dans le délai de 60 jours de la constitution du Tribunal prévu à l'article 13(1) du Règlement d'arbitrage), au siège de la Banque mondiale à Paris, la date de la première session du Tribunal en présence des parties. Les parties furent informées de cette date par lettre du secrétaire du Tribunal du 1er juillet 1996. En raison de l'indisponibilité de l'un des arbitres, le président du Tribunal, après avoir consulté les membres du Tribunal et le secrétariat du CIRDI, décida de reporter la date de la première session au 26 août 1996. Les parties en furent informées par lettre du secrétaire du Tribunal du 15 juillet 1996, confirmée par lettre du 2 août 1996.

30. Par lettre du 9 août 1996 le Ministre de la justice du Burundi faisait savoir au CIRDI que la date fixée “ne (lui) convient pas”, la situation de son pays n'ayant “pas encore permis à (ses) services de s'organiser suffisamment pour affronter cette procédure”. Le Ministre proposait en conséquence la date du 22 octobre 1996 comme date de la première session.

31. Les requérants s'étant opposés à cette remise par lettre du 14 août 1996 et ayant proposé de tenir la première session du Tribunal au courant du mois de septembre, le président du Tribunal fixa la date de cette session au 30 septembre 1996. Les parties furent informées de cette décision par lettre du secrétaire du Tribunal en date du 23 août 1996.

32. Par lettre du 20 septembre 1996 le Ministre de la justice de la République du Burundi demanda au secrétaire du Tribunal le report de cette date, au motif qu'“étant sous embargo”, ses services se sont “retrouvés dans l'impossibilité d'organiser le voyage de (leurs) avocats”. Par lettre du 22 septembre 1996 les requérants donnèrent leur accord à ce report, qui fut accepté par le Tribunal arbitral.

33. La première session du Tribunal fut alors fixée au 4 décembre 1996 à 14 heures au siège de la Banque mondiale à Paris. Le conseil des requérants informa

le CIRDI qu'il serait présent le 4 décembre, avec Monsieur Antoine Goetz. En revanche, le Ministre de la justice de la République du Burundi adressa au secrétaire du Tribunal, en date du 3 décembre 1996, la lettre suivante :

Nous avons reçu votre message téléphonique invitant l'Etat du Burundi à se présenter devant le Tribunal arbitral à Paris en date du 4 décembre 1996.

Toutefois, nous avons appris que la partie demanderesse aurait accepté le règlement à l'amiable du litige qui l'oppose à l'Etat du Burundi.

Nous considérons donc que les procédures judiciaire et d'arbitrage déjà engagées devraient être suspendues en attendant l'issue des négociations.

34. La première session du Tribunal arbitral fut tenue comme prévu le 4 décembre 1996 à Paris. La République du Burundi n'était pas représentée. Le président du Tribunal donna lecture de la lettre du Ministre de la République du Burundi demandant la suspension de la procédure d'arbitrage. Les requérants s'opposèrent à cette demande. Le Tribunal décida la poursuite de la session, mais le président précisa que la République du Burundi conserve toute latitude de participer à la procédure à tout moment ultérieur. Plusieurs décisions relatives aux questions de procédure évoquées à l'article 20 du Règlement d'arbitrage furent prises, dont les suivantes :

- la langue de la procédure sera le français ;
- la procédure d'arbitrage sera conduite, en vertu de l'article 44 de la Convention du CIRDI, conformément au Règlement d'arbitrage adopté par le CIRDI en date du 26 septembre 1984 et toujours en vigueur ;
- le secrétaire rédigera de manière sommaire les procès-verbaux des sessions ; les audiences ne feront pas l'objet d'enregistrement sur bande sonore ni de transcription, sauf si les deux parties en font la demande ;
- les membres du Tribunal siégeront au complet aux sessions du Tribunal, et le recours à l'article 14(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI – qui autorise la réunion d'un Tribunal en l'absence de l'un de ses membres – n'interviendra que de manière exceptionnelle ;
- en vertu de l'article 16 du Règlement d'arbitrage, le Tribunal pourra prendre des décisions par correspondance entre ses membres, à condition que tous les membres soient consultés ;

- la procédure d'arbitrage se déroulera au siège du Centre à Washington, D.C. ; le Tribunal se réserve cependant le droit de suggérer que l'une ou l'autre des sessions se déroule à un autre endroit approprié ;
- la procédure comportera une phase écrite, suivie d'une phase orale ;
- les parties demanderesse doivent déposer leur mémoire au plus tard le 28 février 1997 et la partie défenderesse son contre-mémoire trois mois après la date de réception du mémoire ; le nombre des conclusions subséquentes sera déterminé en temps utile ;
- le président du Tribunal aura le pouvoir de fixer les délais conformément à l'article 26(1) du Règlement d'arbitrage ;
- la sentence arbitrale sera rédigée et signée dans les 60 jours qui suivent la clôture de l'instance ; le Tribunal pourra proroger ce délai de 30 jours s'il lui est autrement impossible de rédiger la sentence.

35. Le lendemain de la session, le 5 décembre 1996, le président du Tribunal adressa, au nom du Tribunal, une lettre au Ministre de la justice de la République du Burundi dans laquelle il confirma que le Tribunal avait "vivement regretté l'absence de représentant de la République du Burundi" et l'informa que le procès-verbal de la session lui serait envoyé par le secrétaire du Tribunal. La lettre du président se poursuivait comme suit :

Le Tribunal a pris note de l'information que vous avez bien voulu lui fournir, par lettre en date du 3 décembre adressée à Monsieur Ziadé, selon laquelle des négociations sont en cours avec la partie demanderesse en vue d'un règlement amiable du litige.

Dans cette perspective, la partie demanderesse a suggéré au Tribunal que recours soit fait à la faculté ouverte par l'article 21, paragraphe 2, du Règlement d'arbitrage, aux termes duquel :

"A la requête des parties, une conférence préliminaire entre le Tribunal et les parties, dûment représentées par leurs représentants autorisés, peut être organisée en vue d'examiner les questions faisant l'objet du différend et de parvenir à un règlement amiable".

Il va sans dire que le Tribunal est à la disposition des parties pour contribuer à un règlement amiable qui permettrait de mettre fin à la procédure arbitrale en cours.

A la lumière du souhait exprimé par les deux parties de rechercher une solution amiable au litige, et compte tenu des possibilités des membres du Tribunal, nous suggérons qu'une conférence soit organisée à cette fin le 14 janvier 1997 à 10 heures au siège de la Banque mondiale, 66 avenue d'Iéna à Paris.

Je vous serais obligé de faire connaître au secrétaire du Tribunal, Monsieur Nassib G. Ziadé, si vous souhaitez de votre côté que le Tribunal aide les parties à parvenir à un règlement amiable susceptible de mettre fin à la procédure arbitrale et, dans le cas de l'affirmative, de lui indiquer le nom des personnes qui représenteront la République du Burundi à la conférence du 14 janvier 1997. Je me permets d'ajouter que ces informations devraient parvenir à Monsieur Ziadé avant le 31 décembre prochain, afin de lui permettre de prendre les dispositions pratiques nécessaires, le cas échéant, à l'organisation de la conférence.

La République du Burundi accusa réception de cette lettre le 30 décembre 1996.

36. La République du Burundi n'ayant pas indiqué son intention de participer à la conférence préliminaire prévue pour le 14 janvier 1997, cette dernière ne put avoir lieu, ce dont les parties furent averties par lettre du secrétaire du Tribunal en date du 3 janvier 1997.

37. Le mémoire des requérants, daté du 25 février 1997, fut déposé le 26 février 1997. Par lettre du 5 mars 1997 le Gouvernement de la République du Burundi fut avisé par le CIRDI que, conformément à la décision prise par le Tribunal au cours de sa session du 4 décembre 1996, il devait déposer son contre-mémoire dans les trois mois de la réception du mémoire. Par lettre du 21 avril 1997 le Ministre de la justice informa le CIRDI que le mémoire lui était parvenu le 18 avril et que "nous allons tout mettre en oeuvre pour y faire suite sans tarder". Le délai pour le dépôt du contre-mémoire expirait, en conséquence, le 18 juillet 1997.

38. Entre-temps, Monsieur Nassib G. Ziadé, appelé à d'autres fonctions, avait été remplacé comme secrétaire du Tribunal par Monsieur Andrea E. Rusca, auquel succédera à partir du mois de décembre 1997 Madame Eloïse M. Obadia.

39. Par lettre du 17 juillet 1997 adressée au secrétaire du Tribunal le Ministre de la justice du Burundi demanda à disposer d'un délai supplémentaire de 40 jours "en attendant qu'un arrangement à l'amiable puisse intervenir". Les requérants avaient fait connaître leur opposition à l'octroi de tout délai supplémentaire par lettre du 10 juillet 1997. Le délai supplémentaire demandé par le Gouvernement du Burundi lui fut néanmoins accordé par le Tribunal arbitral le 21 juillet, le délai pour le dépôt du contre-mémoire étant ainsi repoussé au 27 août 1997. L'attention des parties était attirée sur le caractère exceptionnel de ce délai supplémentaire, à l'expiration duquel, était-il précisé, les dispositions de la Convention et du Règlement d'arbitrage du CIRDI relatives au défaut d'une partie seraient applicables.

40. Par lettre du 24 juillet 1997 les requérants demandèrent qu'au cas où le contre-mémoire ne serait pas déposé en temps utile la procédure soit poursuivie en application des dispositions de l'article 45 de la Convention du CIRDI et de l'article 42 du Règlement d'arbitrage. Cette demande fut réitérée par lettre du 2 septembre 1997.

41. Par lettre du 8 septembre 1997 le secrétaire du Tribunal fit savoir aux parties qu'en application de l'article 45 de la Convention et de l'article 42 du Règlement d'arbitrage du CIRDI, le Tribunal arbitral avait décidé d'accorder à la République du Burundi un délai de grâce expirant le 10 octobre 1997 pour le dépôt de son contre-mémoire.

42. Le 30 septembre 1997 le Ministre de la justice, faisant état de son "entière détermination à régler définitivement" le litige avec AFFIMET, informa le Tribunal, par la voie d'une lettre à son président, que "le Gouvernement du Burundi a déjà initié à ce sujet une série de consultations avec la société précitée" en vue d'un règlement à l'amiable de ce différend ; des propositions concrètes, précisait-il, venaient d'être communiquées à la société. Estimant que le dépôt du contre-mémoire ne saurait précéder la réaction d'AFFIMET à ces propositions, le Ministre demandait un délai supplémentaire de 45 jours pour le dépôt du contre-mémoire.

43. Le 7 octobre 1997 le secrétaire du Tribunal adressa au Ministre de la justice la lettre suivante :

...

Après consultation des deux autres membres du Tribunal, le Président du Tribunal m'a chargé de vous indiquer ce qui suit :

...

3. L'octroi du délai supplémentaire que vous sollicitez s'analyserait en une extension du délai de grâce, lequel, aux termes du paragraphe 2 de l'article 42 du Règlement d'arbitrage, 'ne doit pas, sans le consentement de l'autre partie, excéder 60 jours'. Dans ces conditions, et en l'absence de consentement des parties demanderesse, le Tribunal estime qu'il ne serait pas approprié d'accorder à la République du Burundi le délai qu'elle sollicite.

4. Aux termes du paragraphe 3 de ce même Article 42, '[a]près l'expiration du délai de grâce... le Tribunal reprend l'examen du différend'. En conséquence, au cas où la République du Burundi n'aurait pas déposé son contre mémoire au plus tard le 10 octobre 1997, le Tribunal reprendrait l'examen du différend en fixant une date pour la phase de procédure orale, en application des dispositions pertinentes du Règlement d'arbitrage.

5. Le Tribunal tient à rappeler aux parties que la poursuite d'une procédure d'arbitrage n'interdit en aucune manière aux parties la recherche d'une solution amiable de leur différend. A tout moment de la procédure, et d'un commun accord, elles peuvent en informer le Tribunal et demander que la procédure soit suspendue ou qu'il soit mis fin à l'instance. L'attention des parties est attirée à cet égard sur les dispositions de l'article 43 du Règlement d'arbitrage.

44. Le 15 octobre 1997 le secrétaire du Tribunal, constatant que le contre-mémoire de la partie défenderesse n'était pas parvenu dans le délai de grâce imparti, expiré le 10 octobre 1997, informa les parties qu'en application de l'article 42(3) du Règlement d'arbitrage le Tribunal avait décidé de reprendre l'examen du différend et avait fixé la phase de la procédure orale au 1er décembre 1997 à 10 heures au siège de la Banque mondiale à Paris.

45. Le 28 novembre 1997 le Gouvernement de la République du Burundi fit savoir, par lettre au secrétaire du Tribunal arbitral, qu'il demandait au Tribunal "de faire davantage preuve de patience" et qu'il sollicitait "un délai moratoire d'un mois à compter de ce jour, pour ne pas compromettre

les chances de succès de la première démarche déjà amorcée par toutes les deux parties”.

46. A l’audience du 1er décembre 1997 les requérants étaient représentés par Maître Herbosch, accompagné de Monsieur Antoine Goetz. La République du Burundi n’était pas représentée. Le procès-verbal de la session du 1er décembre 1997 se lit comme suit :

1. La session est ouverte à 10 heures 5 minutes par le Président du Tribunal arbitral (le Président).
2. Le Président constate et regrette l’absence de la République du Burundi.

I - Rappel de la procédure

3. Le Président rappelle les aspects saillants du déroulement de la procédure d’arbitrage jusqu’à ce jour. Le Président souligne qu’au moment de désigner l’un des arbitres, la République du Burundi a manifesté son intention de participer à l’instance et de faire valoir ses moyens. Le Président constate qu’à aucun moment, depuis lors, la République du Burundi n’a indiqué qu’elle avait décidé de ne pas participer à l’instance ou de ne pas faire valoir ses moyens.

4. Le Président ajoute que la République du Burundi a demandé au Tribunal arbitral à diverses occasions de repousser les dates prévues pour les diverses phases de la procédure ou de lui accorder des délais supplémentaires et que le Tribunal arbitral a accordé à la République du Burundi de nombreux délais supplémentaires tantôt avec l’accord, tantôt en dépit des objections de la partie requérante. Le Président note que le secrétariat du CIRDI est entré en contact par téléphone avec le gouvernement de la République du Burundi à chacun des stades de la procédure pour lui faire part du souhait du Tribunal arbitral de le voir participer à l’instance. Le Président a eu l’occasion de présenter lui-même ses vues par téléphone au chef de cabinet du Ministre de la justice du Burundi.

5. Le Président indique que la première session du Tribunal arbitral, qui devait se tenir dans les 60 jours de la constitu-

tion du Tribunal, fut repoussée à deux reprises à la demande de la République du Burundi. Le Président souligne qu'aucun représentant de la République du Burundi n'était présent à cette session, mais que le procès-verbal de cette session fut communiqué à la République du Burundi. Cette dernière prit ainsi connaissance des délais fixés par le Tribunal arbitral pour le dépôt de ses conclusions.

6. Le Président observe qu'en accusant réception du mémoire de la partie demanderesse (le Mémoire), la République du Burundi a informé le secrétariat du CIRDI de son intention d'y donner suite. Le Président ajoute que la République du Burundi a sollicité le 17 juillet 1997 un délai supplémentaire de 40 jours pour le dépôt de son contre-mémoire ; ce délai lui fut accordé, en même temps que l'attention des parties était attirée sur le caractère exceptionnel de ce délai, à l'expiration duquel les dispositions de la Convention et du Règlement d'arbitrage du CIRDI relatives au défaut d'une partie seraient applicables.

7. Le Président précise que le contre-mémoire de la République du Burundi n'ayant pas été déposé à l'expiration du délai supplémentaire, le Tribunal arbitral a accordé à la République du Burundi, en application de l'article 45 de la Convention du CIRDI et de l'article 42 du Règlement d'arbitrage du CIRDI, un délai de grâce expirant le 10 octobre 1997. Le Tribunal arbitral a rejeté subséquemment une demande de la République du Burundi tendant à une prolongation de 45 jours du délai de grâce, ce délai ne pouvant, aux termes de l'article 42(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, excéder 60 jours. Le Tribunal arbitral a, par la même occasion, rappelé aux parties que la poursuite d'une procédure d'arbitrage n'interdit en aucune manière la recherche par elles d'une solution amiable de leur différend.

8. Le Président regrette au nom du Tribunal arbitral que la République du Burundi n'ait pas déposé de contre-mémoire et ne soit pas présente à l'ouverture de la procédure orale. Le Président rappelle cependant qu'aux termes de l'article 45(1) de la Convention du CIRDI, "si l'une des parties fait défaut

ou s'abstient de faire valoir ses moyens, elle n'est pas pour autant réputée acquiescer aux prétentions de l'autre partie".

9. Le Président rappelle que l'article 42(4) du Règlement d'arbitrage du CIRDI fait obligation au Tribunal arbitral, lorsqu'une partie fait défaut, d'examiner d'office la question de la compétence du Centre et celle de sa propre compétence et de prendre en considération tous les éléments de fait et de droit pertinents pour le règlement du différend.

10. Le Président informe la partie requérante que le Tribunal arbitral vient d'être saisi d'une lettre datée du 28 novembre 1997 du Ministre de la justice du Burundi demandant un délai moratoire d'un mois afin de poursuivre des négociations avec la partie requérante. Le Président ajoute que le Tribunal a décidé de poursuivre l'examen de l'affaire.

11. Le Président attire l'attention des parties une fois de plus sur le texte de l'article 43 du Règlement d'arbitrage du CIRDI en vertu duquel si les parties, avant que la sentence ne soit rendue, sont d'accord pour régler le différend à l'amiable ou conviennent de mettre autrement fin à l'instance, le Tribunal prend note de la fin de l'instance par voie d'ordonnance, sur requête écrite des parties. Il appartient en conséquence aux parties, si elles le désirent, de poursuivre leurs négociations et d'informer le Tribunal de l'accord auquel elles auraient abouti.

12. Maître Herbosch souligne que la République du Burundi n'a pas donné suite à la proposition tendant à organiser une conférence préliminaire en vue de parvenir à un règlement amiable du différend. Il ajoute que les pourparlers entre les parties visant à un règlement amiable n'ont jusqu'ici abouti à aucun résultat mais que la partie requérante demeure désireuse de régler le différend à l'amiable sur une base acceptable aux deux parties.

13. Maître Herbosch expose les lignes directrices de son mémoire. Le Président demande à Maître Herbosch, au nom du Tribunal arbitral, de fournir un certain nombre de préci-

sions et l'invite à soumettre des réponses écrites. Ces précisions concernent tant des questions de fait que de droit.

II - Questions de fait

14. Le Tribunal arbitral s'étonne de la rapidité avec laquelle la société AFFIMET (la Société) a demandé et obtenu le certificat de zone franche, à savoir un mois à peine après sa constitution. La partie requérante indique que la constitution de la Société faisait en fait suite à une demande pressante des autorités burundaises. Le Tribunal lui demande d'étayer cette affirmation.

15. Le Tribunal souhaite obtenir des éclaircissements sur les activités de la Société postérieurement à l'octroi du certificat d'entreprise franche :

15.1 Le comptoir Tony Goetz a-t-il continué à fonctionner après la constitution de la Société et l'octroi à cette société du certificat d'entreprise franche? L'Annexe 28 au Mémoire fait état de deux documents en dates des 3 et 4 mai 1993 relatifs aux rapports entre le comptoir et la Société : est-ce à dire qu'en avril-mai 1993 le comptoir poursuivait ses activités à côté de la Société?

15.2 Il ressort des documents cités dans cette même Annexe 28 que dès le printemps 1993 l'administration burundaise apparaissait incertaine et divisée quant à l'éligibilité des minerais et de l'or au régime de zone franche. Les mesures d'application prévues à l'article 2 de l'ordonnance du 28 septembre 1992 n'avaient d'ailleurs pas été prises, et ne l'ont pas été depuis lors. Pourquoi, dans ces conditions, la Société a-t-elle néanmoins procédé aux importants investissements décrits dans son Mémoire?

15.3 Quelle était la situation de la Société pendant la période de suspension du certificat, à savoir entre le 17 août 1993 et le 10 janvier 1994? Le fait que les requérants demandent le remboursement des droits et taxes acquittés pendant cette période semble indiquer qu'une certaine activité s'est poursuivie : qu'en est-il?

15.4 Quelle est la situation de la Société depuis le retrait du certificat d'entreprise franche le 29 mai 1995? Le Mémoire indique que ce retrait "a eu pour conséquence directe et immédiate l'arrêt de toutes les activités de l'entreprise" (p. 28). Dans une lettre du 25 août 1995 à l'Ambassadeur de Belgique à Bujumbura la Société écrivait au contraire: "depuis le retrait illégal de notre certificat ... notre entreprise s'acquitte indûment des droits et taxes sur chaque exportation" (Annexe 28, p. 6) ; et dans son Mémoire la partie requérante demande le remboursement de ces droits et taxes. Qu'en est-il exactement?

16. Le Tribunal arbitral s'enquiert de la situation de la banque et du projet de bijouterie dont il est fait mention dans un Rapport de présentation d'avril 1995 produit en Annexe 2 du Mémoire (pp. 41 et 44). La partie requérante indique au Tribunal que la banque poursuit ses activités sous le régime de zone franche et que le projet de bijouterie est en attente.

17. En réponse à une question du Tribunal, la partie requérante indique que :

- le comptoir Tony Goetz a été le seul de son espèce à se transformer en entreprise de transformation d'or et de métaux précieux et à solliciter le bénéfice du régime de zone franche ;
- à sa connaissance, le seul autre cas de retrait d'agrément consécutif à l'ordonnance du 29 mai 1995 concernait la société Ejumeau, dont l'activité porte sur l'étain.

18. Maître Herbosch précise à la demande du Tribunal arbitral que le taux de change est de 1 USD pour 406 francs burundais et de 1 franc belge pour 11,5 francs burundais.

III - Questions de droit

19. Le Tribunal arbitral procède ensuite à l'énoncé des questions de droit. Le Tribunal arbitral désire tout d'abord

connaître l'étendue de la demande de la partie requérante pour la période de suspension de l'agrément. Maître Herbosch répond que la demande ne tend pas à l'annulation de la décision de suspension, et se limite au remboursement des taxes fiscales et douanières payées pendant cette période.

20. En réponse à une question du Tribunal, Maître Herbosch indique que l'argument précédemment avancé par la partie requérante d'après lequel la non-éligibilité des "minerais" au régime de zone franche ne s'appliquait pas à l'or et aux métaux précieux (Annexes 16 et 17 au Mémoire) doit être considéré comme soumis au Tribunal bien qu'il n'ait pas été expressément repris dans la requête et le Mémoire.

21. Le Tribunal arbitral désire obtenir des précisions en ce qui concerne la demande "en ordre subsidiaire" aux fins de dommages-intérêts. Maître Herbosch indique que cette demande n'est pas subsidiaire au regard du Tribunal arbitral mais au regard de la République du Burundi dans le cas où celle-ci serait condamnée à annuler l'ordonnance du 29 mai 1995 et refuserait de procéder à cette annulation.

22. Le Tribunal arbitral s'interroge sur certains aspects juridiques de la demande et pose les questions suivantes:

22.1 Le Tribunal arbitral a-t-il le pouvoir d'imposer à la République du Burundi une obligation de faire, à savoir de procéder à l'annulation de l'ordonnance du 29 mai 1995?

22.2 Comment se justifie l'application au litige de la Convention entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la République du Burundi concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, convention qui n'est entrée en vigueur que 30 jours après l'échange des instruments de ratification, lequel a eu lieu le 13 août 1993?

22.3 Dans quelle mesure les dispositions de cette Convention relatives à la non-discrimination à l'encontre d'investissements étrangers sont-elles applicables en l'espèce, étant donné qu'il ne semble pas que d'autres

entreprises aient été placées dans des situations comparables?

22.4 Pourquoi la présente procédure CIRDI a-t-elle été engagée par les investisseurs personnes physiques actionnaires de la Société, alors que celle devant la Cour Administrative de la République du Burundi a été engagée au nom de la Société?

23. Le Tribunal désire avoir des informations en ce qui concerne le droit applicable au litige:

23.1 Quelle est la hiérarchie entre les sources de droit énoncées à l'article 8 de la Convention entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la République du Burundi?

23.2 Le droit international est-il intégré dans le droit interne burundais?

23.3 Quelles sont, selon le droit administratif burundais, les conditions requises pour l'obtention d'une indemnisation en cas d'un changement de réglementation par l'Etat burundais (jurisprudence dite de l'Etat législateur, invoquée par la partie requérante)?

23.4 Le Pacte international sur les droits économiques et sociaux cité dans le Mémoire lie-t-il les parties dans la présente affaire?

24. Le Tribunal arbitral désire avoir des précisions en ce qui concerne le fondement juridique de l'indemnité demandée par la partie requérante. Plus précisément, cette demande est-elle fondée sur l'illégalité du retrait de l'agrément ou sur la théorie de la responsabilité dite de l'Etat législateur?

25. Le Tribunal arbitral s'interroge sur l'importance de l'indemnité de 175.000.000 USD demandée "en ordre subsidiaire" et prie les requérants de fournir des précisions à ce sujet.

IV - Documents à produire

26. Le Tribunal arbitral demande à Maître Herbosch de produire les documents suivants:

26.1 les documents cités aux points 17, 18 et 19 de l'Annexe 28 du Mémoire ;

26.2 l'arrêt interlocutoire de la Cour Administrative de la République du Burundi déclarant recevable la demande en annulation de l'ordonnance du 29 mai 1995 introduite par la Société ;

26.3 le Pacte international sur les droits économiques et sociaux.

V - Suite de la procédure

27. Le Tribunal arbitral demande à la partie requérante de soumettre des réponses écrites aussi précises que possibles et accompagnées des documents pertinents qui seront transmis à la République du Burundi. Le Tribunal arbitral ajoute que la partie défenderesse a la possibilité d'éclairer le Tribunal sur ces mêmes points. Cependant, la République du Burundi ne peut en aucune manière déposer un contre-mémoire.

28. Le Tribunal arbitral indique que la partie requérante ainsi que la partie défenderesse, si elle le désire, ont jusqu'à la date limite du 31 janvier 1998 pour communiquer leurs remarques écrites sur les questions soulevées par le Tribunal arbitral.

29. La parole n'étant plus demandée, la session est conclue à 12 heures 35 minutes.

30. La session a fait l'objet d'un enregistrement sur bande sonore qui sera communiqué aux deux parties.

47. Le texte du procès-verbal fut transmis aux parties par le secrétaire du Tribunal le 5 janvier 1998. Une copie certifiée conforme de ce texte, accompagnée des cassettes de l'audience, fut adressée aux parties par le secrétaire du Tribunal le 15 janvier 1998.

48. Le 30 janvier 1998 les requérants firent parvenir au Tribunal leurs réponses écrites aux questions de fait et de droit posées par le Tribunal. La partie défenderesse ne versa au dossier ni observation ni document.

49. Le 3 mars 1998 le conseil des requérants communiqua au Tribunal copie d'une lettre du Gouvernement du Burundi à Monsieur Antoine Goetz datée du 26 février 1998. Cette lettre faisait état de ce que le Gouvernement était "quelque peu gêné de suivre à la fois une procédure judiciaire et une procédure de règlement à l'amiable" et suggérait de "notifier conjointement au Tribunal que les parties sont en train de rechercher un compromis et (de) solliciter de sa part la suspension de la procédure spécialement en ce qui est du mécanisme du délibéré". Le conseil des requérants contestait pour sa part qu'il y eût quelque négociation sur le point d'aboutir et informait le Tribunal que ses clients s'opposaient à la demande de la République du Burundi de suspendre la demande d'arbitrage en cours.

C. L'abstention du défendeur de faire valoir ses moyens

50. En désignant l'un des arbitres la République du Burundi a manifesté son intention de participer à l'instance. Au moment de procéder à la désignation du juge Bedjaoui comme arbitre elle a précisé, comme il a été indiqué plus haut, que cette proposition "ne (l')empêche pas de soulever toute exception (qu'elle) juger(a) utile à tout moment". A aucun moment au cours de la procédure, la République du Burundi n'a déclaré, ou même laissé entendre, qu'elle avait décidé, ou qu'elle pourrait décider, de ne pas participer à l'instance ou de ne pas faire valoir ses moyens. Tout au contraire, ainsi qu'il a été indiqué précédemment, la République du Burundi a demandé à de nombreuses occasions au CIRDI et au Tribunal de repousser les dates prévues pour les diverses phases de la procédure et de lui accorder des délais supplémentaires ; et, en accusant réception du mémoire des requérants le 21 avril 1997, la République du Burundi a informé le secrétaire du Tribunal qu'elle allait "tout mettre en oeuvre pour y faire suite sans tarder", confirmant ainsi qu'elle n'entendait pas faire défaut.

51. Conscient des difficultés dans lesquelles se trouve le Burundi depuis plusieurs années et désireux de faciliter un règlement amiable, le Tribunal arbitral lui a accordé de nombreux délais supplémentaires, tantôt avec l'accord, tantôt en dépit des objections de la partie requérante. A chacun des stades de la procédure le secrétaire du Tribunal arbitral est entré en contact téléphonique avec le Gouvernement de la République du Burundi pour lui faire part du souhait du Tribunal de le voir participer à l'instance, pour l'assurer de la compréhension du Tribunal et pour souligner qu'il était de l'intérêt même du Burundi de ne pas laisser la procédure se dérouler par

défaut. Le président du Tribunal a lui-même eu l'occasion de présenter ces vues par téléphone au chef de cabinet du Ministre de la justice du Burundi.

52. Aux termes de l'article 45, paragraphe 1, de la Convention du CIRDI,

Si l'une des parties fait défaut ou s'abstient de faire valoir ses moyens, elle n'est pas pour autant réputée acquiescer aux prétentions de l'autre partie.

L'article 42 du Règlement d'arbitrage précise que

Si une partie... fait défaut ou s'abstient de faire valoir ses moyens à tout moment de l'instance, l'autre partie peut à tout moment avant la fin de l'instance demander au Tribunal de considérer les chefs de conclusion qui lui sont soumis et de rendre sa sentence.

....

Le Tribunal examine si le différend est ou non de la compétence du Centre et de la sienne propre et, dans l'affirmative, décide si les conclusions sont bien fondées en fait et en droit. A cette fin, il peut, à tout moment de l'instance, inviter la partie qui comparait à déposer des observations, à produire des preuves ou à donner des explications orales.

53. Le Tribunal regrette vivement que la partie défenderesse, même si elle n'a pas fait défaut au sens propre du terme, se soit abstenue de faire valoir ses moyens. Comme l'a déclaré la Cour internationale de Justice, une situation de ce genre "comporte à l'évidence des conséquences négatives pour une bonne administration de la justice"³. En ne déposant pas de contre-mémoire, en ne se présentant pas à la procédure orale, en ne soumettant au Tribunal aucune observation mises à part les demandes de prolongation de délais ou de suspension de la procédure, la République du Burundi a privé le Tribunal de l'assistance qu'auraient pu lui apporter l'exposé des arguments du défendeur ou la production de documents ou de toute autre preuve.

³ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 1986, p. 23, para. 27.

54. Les dispositions précitées de la Convention et du Règlement d'arbitrage du CIRDI étant manifestement inspirées de celles de l'article 53 du Statut de la Cour internationale de Justice, le Tribunal considère qu'il est approprié de se référer aux principes énoncés par la Cour internationale de Justice.

55. En premier lieu, "en aucun cas la non-participation d'une partie à la procédure ou à une phase quelconque de celle-ci ne saurait affecter la validité" du jugement à intervenir⁴. L'Etat qui fait défaut ou s'abstient de faire valoir ses moyens "doit accepter les conséquences de sa décision, dont la première est que l'instance se déroulera sans lui ; il reste cependant partie au procès et le futur arrêt le lie..."⁵

56. En second lieu, "il est... hors de question que (le Tribunal) se prononce automatiquement en faveur de la partie comparante" puisqu'il a l'obligation de s'assurer que les conclusions sont bien fondées en fait et en droit et qu'à cet effet il peut, à tout moment de l'instance, inviter la partie qui comparait à déposer des observations, à produire des preuves ou à donner des explications orales. En ce qui concerne le droit, le Tribunal regrette de ne pas avoir disposé des vues du défendeur sur le droit constitutionnel et le droit administratif burundais. En ce qui concerne les faits, le Tribunal, faisant application du principe énoncé par la Cour internationale de Justice selon lequel celle-ci "n'est pas tenue de se limiter aux éléments que lui soumettent formellement les parties"⁶, a cherché, par les questions posées au cours de l'audience du 1er décembre 1997, à compléter son information. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que, comme la Cour l'a déclaré,

... on simplifierait à l'excès en concluant que le seul inconvénient de l'absence d'une partie est que cette partie se prive ainsi de l'occasion d'apporter des preuves et des arguments à l'appui de sa propre cause... L'absent perd aussi la possibilité de combattre les allégations de fait de son adversaire⁷.

Le Tribunal, comme la Cour, a certes le devoir de "procéder à un examen des conclusions de la partie comparante" ; il n'en demeure pas moins qu'il ne saurait "en vérifier l'exactitude dans tous les détails – tâche qui, dans certains

⁴ Loc. cit.

⁵ *Op. cit.*, p. 24, para. 28.

⁶ *Op. cit.*, p. 25, para. 30.

⁷ *Ibid.*

cas et en raison de l'absence de contradiction, pourrait s'avérer pratiquement impossible"⁸.

57. La Cour internationale de Justice a déclaré que

La vigilance que la Cour est à même d'exercer lorsqu'elle bénéficie de la présence des deux parties à l'instance a pour corollaire le soin tout particulier qu'elle doit apporter à bien administrer la justice dans une affaire où l'une d'elles seulement participe à l'instance⁹.

Le Tribunal a fait sien ce principe directeur.

III. LA DEMANDE

58. Dans leur requête les requérants demandaient l'annulation de la décision du 29 mai 1995 portant retrait du certificat d'entreprise franche et, à titre subsidiaire, la condamnation de la République du Burundi à des dommages-intérêts.

59. Cette demande a été précisée dans le mémoire des requérants. Dans ce document les requérants demandent au Tribunal d'enjoindre à la République du Burundi :

- d'annuler l'ordonnance ministérielle n° 750/184 du 29 mai 1995 et la décision de retrait du certificat d'entreprise franche datée du même jour et de rétablir les requérants dans leurs droits acquis depuis le 3 février 1993 en vertu de l'octroi de ce certificat ;
- de rembourser les taxes fiscales et douanières acquittées, d'une part pendant la suspension du certificat d'entreprise franche entre le 20 août 1993 et le 10 janvier 1994, d'autre part depuis le retrait de ce certificat le 29 mai 1995, ainsi que les taxes payées au Laboratoire National de Contrôle et d'Analyse et les

⁸ *Ibid.*

⁹ *Op. cit.*, p. 26, para. 31.

devises convertibles échangées en francs burundais pendant ces mêmes périodes ;

- d'indemniser les investisseurs du dommage causé par l'arrêt des travaux de construction de l'usine et du manque à gagner dû audit arrêt et à l'arrêt des opérations commerciales ;
- de condamner la République du Burundi aux dépens de l'arbitrage et à tous frais additionnels et extrajudiciaires pour faire valoir les droits des investisseurs et à subir les tracas et pertes de temps consécutifs à la procédure.

60. Il est en outre demandé au Tribunal, au cas où la République du Burundi refuserait d'annuler le retrait du certificat d'entreprise franche et de rétablir ledit certificat, de la condamner à des dommages et intérêts – augmentés des intérêts légaux à partir du 29 mai 1995 – destinés à couvrir le bénéfice escompté, les pertes des infrastructures rendues inutiles, ainsi que la valeur intrinsèque du patrimoine de la société AFFIMET et le manque de rendement et de rentabilité de l'entreprise sur 15 ans.

61. Les demandes exposées aux deux paragraphes précédents sont présentées dans le mémoire comme étant formulées respectivement “en ordre principal” et “en ordre subsidiaire”. En réponse à une question du Tribunal le conseil des requérants a précisé qu'il n'est pas demandé au Tribunal d'accorder la seconde demande au cas où il n'accorderait pas la première, mais de décider que le Burundi doit satisfaire à la première demande et que s'il choisissait de ne pas le faire il devrait satisfaire à la seconde.

IV. LES TRAITS CARACTÉRISTIQUES DE L'AFFAIRE

62. Le litige soumis au Tribunal présente deux traits caractéristiques qu'il n'est pas inutile de souligner.

A. Le litige est dominé par l'existence d'une convention bilatérale d'encouragement et de protection des investissements

63. L'affaire fournit, tout d'abord, une illustration de l'incidence exercée sur les mécanismes du CIRDI par la pratique croissante des conventions bilatérales tendant à l'encouragement et à la protection des investissements. Depuis 1985 le nombre de ces conventions est passé de 220 à environ 1100, ainsi que le signale une récente étude, qui parle à ce sujet de *dramatic*

*growth*¹⁰. A l'heure actuelle, 160 Etats sont parties à de tels traités. Or, comme l'indique la même étude, un grand nombre de ces traités prévoient que les différends entre l'un des Etats parties et un investisseur national de l'autre partie seront soumis pour règlement à la conciliation et/ou à l'arbitrage du CIRDI¹¹. L'importance de ce phénomène ne saurait être sous-estimée.

64. Sur un plan général, l'existence d'une convention bilatérale d'encouragement et de protection des investissements atteste de la volonté des Etats parties de placer les investissements réalisés par les ressortissants de l'un d'eux sur le territoire de l'autre sous la garantie des relations interétatiques et la protection du droit international, et ce n'est pas un hasard si l'on parle souvent à cet égard d'un accord-parapluie, d'un *umbrella agreement*. C'est l'un des mérites du CIRDI, créé par la Convention du CIRDI de 1965, et également l'une des raisons de son éclatant succès, que d'avoir placé le règlement des différends relatifs aux investissements sous la protection d'un mécanisme international fondé sur le consentement des parties intéressées.

65. Dans la présente affaire, par conséquent, l'obligation pour la République du Burundi de respecter non seulement son droit national, mais aussi les dispositions de la Convention qu'elle a conclue avec l'Union belgo-luxembourgeoise, n'est pas autre chose que l'expression de sa souveraineté étatique au plein sens du terme. Il convient de rappeler à cet égard le célèbre *dictum* de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon* :

La Cour se refuse à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un Etat s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté... [L]a faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat¹².

On peut également évoquer le principe, énoncé par Max Huber dans la sentence arbitrale relative à l'*Île de Palmas*, selon lequel la souveraineté terri-

¹⁰ Antonio R. Parra, "Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment", *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal*, vol. 12, 1997, pp. 290-291.

¹¹ *Op. cit.*, p. 323.

¹² *C.P.J.I. série A n° 1*, p. 25.

toriale ne comporte pas seulement le droit exclusif de l'exercice des activités étatiques mais aussi le corollaire de l'obligation de protéger sur le territoire étatique les droits des nationaux des autres Etats¹³. Il appartiendra en conséquence au Tribunal, ainsi qu'on le verra plus loin, de prendre en considération tout à la fois les pouvoirs que la République du Burundi tient de sa souveraineté et de son droit national face aux étrangers qui investissent sur son territoire et, en même temps, les obligations qu'elle a librement assumées en devenant partie à la Convention belgo-burundaise d'investissement de 1989.

66. Juridiquement, l'incidence d'une convention bilatérale de protection des investissements s'exerce à la fois sur le plan de la compétence et sur celui du droit applicable.

67. En ce qui concerne la compétence du CIRDI – et, par voie de conséquence, celle du Tribunal arbitral –, elle trouve sa source non pas dans un accord conclu entre l'Etat d'accueil et l'investisseur étranger mais directement dans le traité international conclu entre l'Etat d'accueil et l'Etat national de l'investisseur. L'exigence fondamentale du consentement des parties, formulée à l'article 25 de la Convention du CIRDI, se trouve ainsi revêtir une expression originale, à laquelle on ne pensait guère au moment de l'élaboration de la Convention du CIRDI, à une époque où la pratique des traités bilatéraux d'investissement était encore embryonnaire¹⁴. La présente affaire est la seconde seulement dans la jurisprudence du CIRDI à se situer dans un tel cadre. Nul doute, cependant, qu'une situation de ce genre se présentera de plus en plus fréquemment dans l'avenir.

68. La Convention bilatérale de protection des investissements ne se borne toutefois pas à fonder la compétence du Centre et du Tribunal ; elle détermine également le droit applicable. La présente affaire est l'une des premières dans la jurisprudence du CIRDI où il en va ainsi. Etant donné la fréquence croissante des clauses de *choice of law* insérées dans des conventions d'investissement, ainsi que leur grande variété¹⁵, une situation de ce genre est également appelée à se présenter de plus en plus souvent.

¹³ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 839.

¹⁴ Voir Christoph Schreuer, "Commentary on the ICSID Convention", *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal*, vol. 11, 1996, p. 441.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 416, 422, 433. Cf. Parra, *op. cit. supra* note 10, p. 332.

69. Il n'est pas sans intérêt à cet égard de noter que la référence assez fréquente, dans des clauses de *choice of law* insérées dans des conventions de protection des investissements, aux dispositions de la convention elle-même – et, plus largement, aux principes et règles du droit international – provoque, après un certain reflux dans la pratique et la jurisprudence, un retour remarquable du droit international dans les relations juridiques entre les Etats d'accueil et les investisseurs étrangers. Cette internationalisation des rapports d'investissement – qu'ils soient contractuels ou non – ne conduit certes pas à une "dénationalisation" radicale des relations juridiques nées de l'investissement étranger, au point que le droit national de l'Etat hôte serait privé de toute pertinence ou application au profit d'un rôle exclusif du droit international. Elle signifie seulement que ces relations relèvent simultanément – en parallèle, pourrait-on dire – de la maîtrise souveraine de l'Etat d'accueil sur son droit national et des engagements internationaux auxquels il a souscrit.

70. Le Tribunal s'est posé la question de savoir dans quelle mesure, compte tenu de la date de son entrée en vigueur, la Convention conclue entre l'Union belgo-luxembourgeoise et la République du Burundi concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements est applicable au présent litige. Il est à peine besoin de rappeler que le droit international se montre particulièrement rigoureux en ce qui concerne la date d'entrée en vigueur des engagements internationaux¹⁶. En l'espèce, si la Convention a été signée le 13 avril 1989 et ratifiée le 4 avril 1991 par le Burundi et le 19 avril 1991 par la Belgique, elle n'est entrée en vigueur, en application de son article 10, que trente jours après l'échange des instruments de ratification ; cet échange ayant eu lieu le 13 août 1993, c'est donc seulement le 13 septembre 1993 que la Convention est entrée en vigueur. Or les textes législatif et réglementaire burundais établissant le régime de zone franche (décret-loi n° 1/30 du 31 août 1992 et ordonnance ministérielle n° 750/415 du 28 septembre 1992) sont antérieurs à cette date, tout comme le sont la constitution de la société AFFIMET (22 décembre 1992), la demande d'agrément d'AFFIMET

¹⁶ C'est ainsi que la Cour internationale de Justice a décidé qu'alors même qu'un Etat avait signé et ratifié le protocole de signature du Statut de la Cour permanente de Justice internationale il n'était pas devenu partie à ce traité dès lors qu'il n'avait pas déposé son instrument de ratification de ce traité *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, C.I.J. Recueil 1984, p. 404, paras. 25-26.

en qualité d'entreprise franche (2 janvier 1993) et l'octroi à AFFIMET du certificat d'entreprise franche (3 février 1993).

71. Le Tribunal note toutefois que ni la régularité des textes burundais régissant le régime de zone franche ni la constitution de la société AFFIMET ni la demande ou l'octroi à AFFIMET du certificat d'entreprise franche ne sont en cause dans le différend soumis au Tribunal. En particulier, le Tribunal n'a pas à s'interroger sur la légalité de la décision accordant à AFFIMET le bénéfice du régime de zone franche alors que les mesures d'application de ce régime aux minerais n'avaient pas encore été prises. Le fait générateur du différend est la décision de retrait du certificat d'entreprise franche en date du 29 mai 1995, et ce fait est postérieur au 13 septembre 1993, date d'entrée en vigueur de la Convention d'investissement. La régularité et les conséquences juridiques de la décision litigieuse doivent s'apprécier au regard des règles en vigueur à la date à laquelle cette décision est intervenue, soit au 29 mai 1995. Parmi ces règles figure la Convention qui lie les parties depuis le 13 septembre 1993.

72. Quant à la compétence du Tribunal et à la recevabilité de la requête, elles s'apprécient, selon le principe rappelé récemment par la Cour internationale de Justice, à la date du dépôt de la requête¹⁷, c'est-à-dire, dans la présente affaire, au 8 décembre 1995, donc, là encore, à la lumière, entre autres, de la Convention belgo-burundaise d'investissement en vigueur depuis le 13 septembre 1993.

73. La Convention belgo-burundaise de protection des investissements est, en conséquence, pleinement applicable au différend dont le Tribunal a à connaître.

B. Le litige ne met pas en cause un contrat d'Etat

74. La seconde caractéristique majeure de la présente affaire est qu'elle ne met pas en cause un contrat d'Etat et ne soulève donc pas les problèmes, souvent difficiles, qui découlent de tels contrats. En conséquence, le Tribunal n'a pas à s'interroger sur le contenu à conférer au principe *Pacta sunt servanda* dans le cadre des relations contractuelles entre un Etat et un investisseur étranger. Plus particulièrement, le Tribunal n'a pas à s'interroger sur les effets

¹⁷ *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique)*, paras. 37 et 42.

de la présence dans un contrat d'Etat d'une clause gelant le droit national applicable, notamment en matière fiscale ou douanière, et protégeant l'investisseur contre toute modification de ce droit (clause dite de stabilisation), ou d'une clause par laquelle l'Etat contractant renonce à tout pouvoir d'intervention dans les relations contractuelles (clause dite d'intangibilité)¹⁸. Pas davantage n'est-on dans la présente affaire confronté à une situation dans laquelle la législation de l'Etat d'accueil – un code d'investissement, par exemple – met l'investisseur à l'abri de toute modification du régime législatif, en matière fiscale ou douanière notamment. Ni le décret-loi instituant le régime de zone franche ni les ordonnances prises pour son application ne comportent aucune garantie de ce genre.

75. Tout au plus le Tribunal pourrait-il se demander si de la conjonction de la demande d'agrément comme entreprise franche déposée par AFFIMET et de la décision lui octroyant le certificat d'entreprise franche ne serait pas née une situation de type contractuel qui apparenterait malgré tout la présente affaire à une affaire de contrat d'Etat. Dans une précédente affaire du CIRDI, en effet, le Tribunal a estimé que la relation juridique née d'une demande d'autorisation d'investissement suivie de l'octroi d'une telle autorisation s'analysait en une relation *sui generis* comparable à un contrat¹⁹. Contrairement à ce qu'avait fait le demandeur dans l'affaire précitée, les requérants n'ont pas soutenu dans la présente affaire que par-delà l'acte unilatéral contesté se profilait une situation contractuelle. En outre, rien ne permet dans la présente affaire d'avoir le moindre doute sur le caractère strictement unilatéral de la relation juridique née tant de l'octroi à AFFIMET du certificat d'entreprise franche que de sa révocation. Le texte du décret-loi n° 1/30 du 31 août 1992 portant création d'un régime de zone franche au Burundi est décisif à cet égard. Ce régime est défini par le décret-loi comme "le statut juridique particulier accordé à certaines entreprises... dans les conditions prescrites par le présent décret-loi...". Le certificat d'entreprise

¹⁸ Cf. Prosper Weil, "Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique", in: *La communauté internationale. Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, p. 301.

¹⁹ *Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia* (1984), *International Legal Materials*, vol. XXIV, 1985, p. 1030, para. 189: "... the relationship established between foreign enterprise and a State by an investment application on the one hand and the approval of the same on the second... should not be characterized as a contract as such, but rather as a *sui generis* legal relationship, comparable to a contract. Indeed, in the Tribunal's view, such a relationship does not draw its source from a unilateral act of the State, but from a bilateral agreement between the State and the foreign applicant whose application is approved by the State."

franche est défini comme le certificat “délivré par le Ministre”. Le Ministre “a le pouvoir d’agréer toute entreprise...”. Sur avis de la Commission consultative le Ministre “prendra la décision finale”. “Toute entreprise qui aura soumis une demande d’agrément... doit recevoir une réponse dans un délai de trente jours...” ; cette réponse précise “le type d’activités auquel l’entreprise franche doit se livrer” et fixe la date limite de démarrage de ses activités ainsi que d’autres modalités relatives au fonctionnement de l’entreprise. En cas de récidive de certains délits “le Ministre peut révoquer le certificat de cette entreprise”. Pas davantage le texte même du certificat d’entreprise franche délivré à AFFIMET le 3 février 1993 ne permet-il de mettre en doute son caractère strictement unilatéral : “ce certificat, est-il précisé, est délivré sous réserve des conditions suivantes : (a) Les activités de l’entreprise sont : ... (b) L’entreprise démarrera ses activités au plus tard le 1er juillet 1993. Au cas où l’entreprise n’aura pas démarré ses activités à cette date, elle s’exposerait au risque de voir annuler ce certificat...”.

76. La décision octroyant à AFFIMET l’agrément comme entreprise franche ainsi que la décision révoquant cet agrément sont, en conséquence, l’une et l’autre des actes unilatéraux de l’Etat burundais. La présente affaire ne soulève pas de problème spécifique de contrat d’Etat.

V. LA COMPÉTENCE DU CENTRE ET DU TRIBUNAL

77. Au moment d’opter pour la formule de constitution du Tribunal arbitral prévue à l’article 37, paragraphe 2, de la Convention du CIRDI, la République du Burundi, on l’a vu précédemment, s’est réservé “le droit de soulever, le cas échéant, les exceptions d’incompétence du Tribunal arbitral et/ou d’irrecevabilité de la requête soumise audit Tribunal”. En procédant ultérieurement à la nomination de l’un des arbitres en application de la disposition précitée, la partie défenderesse a confirmé cette réserve en précisant que “[l]a présente proposition... ne (l’)empêche pas de soulever toute exception (qu’elle) juger(a) utile à tout moment”.

78. Aucune exception à la compétence du Centre ou du Tribunal n’a été soulevée par la République du Burundi au long du déroulement de la procédure tant écrite qu’orale.

79. Le Tribunal ne saurait toutefois s’en tenir à cette constatation, puisque l’article 42 du Règlement d’arbitrage lui fait obligation, si une partie

fait défaut ou s'abstient de faire valoir ses moyens, d'examiner "si le différend est ou non de la compétence du Centre et de la sienne propre".

80. Ainsi que le relève le Rapport des administrateurs sur la Convention du CIRDI, "[l]e consentement des parties est la pierre angulaire de la compétence du Centre"²⁰. Il ne suffit cependant pas que l'Etat national de l'investisseur et l'Etat d'accueil soient parties à la Convention du CIRDI, il faut en plus que les parties au différend – c'est-à-dire l'investisseur et l'Etat d'accueil – aient consenti à la compétence du Centre. La forme écrite mise à part, l'expression du consentement n'est pas soumise à des règles strictes. Comme le note le Rapport précité, le consentement "peut être donné, par exemple, dans une disposition d'un accord d'investissement prévoyant la soumission au Centre des différends auxquels il pourrait ultérieurement donner lieu, ou dans un compromis concernant un différend déjà né"²¹. En outre, précise le Rapport, "[l]a Convention n'exige pas que le consentement des parties soit exprimé dans le même acte juridique"²².

81. Comme l'observation en a été faite plus haut, la présente affaire illustre une tendance – qui ne peut que s'accroître avec la multiplication des conventions bilatérales d'investissement – à faire reposer la compétence du Centre non pas sur une convention spécifique d'arbitrage mais sur un traité d'investissement de portée générale conclu entre l'Etat d'accueil et l'Etat national de l'investisseur. La jurisprudence du CIRDI comporte au moins deux précédents à cet égard : l'affaire *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*²³ et l'affaire *American Manufacturing and Trading Inc. (AMT) v. Republic of Zaïre*²⁴. La sentence rendue dans cette dernière affaire précise qu'au consentement des deux Etats parties à la convention de

²⁰ Rapport des Administrateurs sur la Convention pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'Autres Etats, 18 mars 1965, *Doc. CIRDI/2*, para. 23.

²¹ *Op. cit.*, para. 24.

²² *Loc. cit.*

²³ Affaire *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Republic of Sri Lanka* (1990), ARB/87/3, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 6, 1991, p. 514, voir para. 18, p. 533, avec le commentaire N.G. Ziadé ; cf. *Journal du droit international*, 1992, p. 216, avec les observations E. Gaillard.

²⁴ Affaire *American Manufacturing and Trading Inc. (AMT) v. Republic of Zaïre* (1997), ARB/93/1, *International Legal Materials*, vol. 36, 1997, p. 1531 ; cf. *Journal du droit international*, 1998, p. 243, avec les observations E. Gaillard ; *Year Book of Commercial Arbitration*, vol. 22, 1997, p. 60.

protection des investissements doit s'ajouter celui des parties au différend : le consentement de l'Etat d'accueil, indique-t-elle, ressort de son adhésion au traité ; quant au consentement de l'investisseur, il ressort du dépôt de sa requête d'arbitrage²⁵. C'est une situation du même ordre qui prévaut dans la présente affaire. Au consentement des Etats intéressés – la République du Burundi et la Belgique – résultant de leur adhésion à la Convention d'investissement s'ajoute celui des parties au différend : le consentement de la République du Burundi ressort de sa ratification de la Convention ; celui des requérants ressort du dépôt de la requête d'arbitrage.

82. Le Rapport des administrateurs cité plus haut ajoute que

[s]i le consentement des deux parties est une condition essentielle à la compétence du Centre, ce consentement ne suffit pas à lui seul pour qu'un différend tombe sous la compétence du Centre. Conformément au but de la Convention (du CIRDI), la compétence du Centre est en outre limitée par la nature du différend et le caractère des parties intéressées²⁶.

Dans la présente affaire, la compétence du Centre est établie au regard de l'une comme de l'autre de ces deux conditions.

83. En ce qui concerne la *nature du différend*, l'article 25 de la Convention du CIRDI limite la compétence du Centre aux "différends d'ordre juridique... qui sont en relation directe avec un investissement". Selon le Rapport des administrateurs, l'exigence d'un différend d'ordre juridique par opposition aux "simples conflits d'intérêts", signifie que "[l]e différend doit concerner soit l'existence ou l'étendue d'un droit ou d'une obligation juridique, soit la nature ou l'étendue des réparations dues pour rupture d'une obligation juridique"²⁷. Le présent différend, qui porte sur la licéité d'une décision mettant fin au bénéfice du régime de zone franche et sur l'octroi éventuel d'une réparation, remplit de toute évidence la condition requise. Le différend satisfait également à l'exigence d'un "rapport direct avec un investissement" : il suffit en effet de se référer à l'article 8, paragraphe 1, de

²⁵ *Ibid.*, para. 23.

²⁶ *Op. cit.*, *supra* note 20, para. 25.

²⁷ *Op. cit.*, para. 26.

la Convention belgo-burundaise d'investissement pour constater que le différend soumis au Tribunal est de ceux que cette disposition définit comme des différends relatifs à un investissement, à savoir les différends qui concernent "l'interprétation ou l'application de toute autorisation d'investissement accordée par les autorités de l'Etat hôte régissant les investissements étrangers" ainsi que "l'allégation de la violation de tout droit conféré ou établi par la présente Convention en matière d'investissement".

84. Quant au *caractère des parties intéressées*, l'article 25 de la Convention du CIRDI limite la compétence du Centre aux différends "entre un Etat contractant... et le ressortissant d'un autre Etat contractant". Si ce dernier est une personne physique – ce qui dans la pratique du CIRDI ne s'est pas présenté fréquemment –, il doit posséder la nationalité de l'autre Etat contractant à la fois "à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend... à l'arbitrage" et "à la date à laquelle la requête a été enregistrée". L'hypothèse d'une double nationalité est cependant exclue par l'article 25. Dans la présente affaire, les six personnes physiques requérantes paraissent avoir possédé la nationalité belge aux deux dates critiques sans posséder également la nationalité burundaise.

85. La compétence du Centre et du Tribunal est, en conséquence, établie tant *ratione materiae* que *ratione personae*.

VI. LA RECEVABILITÉ DE LA REQUÊTE

86. Bien qu'aucune objection n'ait été soulevée à cet égard par la partie défenderesse, le Tribunal a cru de son devoir d'examiner également la recevabilité de la requête. Deux problèmes ont à cet égard retenu son attention.

87. Le premier se rapporte à la qualité pour agir (*jus standi*) des six requérants, tous personnes physiques actionnaires de la société de droit burundais AFFIMET²⁸, alors pourtant que la mesure litigieuse, à savoir le retrait du certificat d'entreprise franche, visait la société elle-même.

88. Lors de sa première session, le 1er décembre 1997, le Tribunal a posé la question de savoir "[p]ourquoi la présente procédure CIRDI a... été

²⁸ Il est rappelé que ces six actionnaires possèdent 999 des 1000 actions de la société, une seule action étant possédée par un ressortissant ruandais.

engagée par les investisseurs personnes physiques actionnaires de la société, alors que celle devant la Cour administrative de la République du Burundi a été engagée au nom de la société”. Dans leurs observations en réponse en date du 30 janvier 1998 les requérants ont expliqué qu’en sa qualité de société de droit burundais AFFIMET ne pouvait pas se prévaloir de la Convention du CIRDI, d’autant plus que l’un de ses actionnaires n’est pas de nationalité belge ; devant la Cour administrative de la République du Burundi au contraire, ont-ils ajouté, c’est sa qualité de société de droit burundais qui conférait à AFFIMET son *jus standi*. Cette explication n’est à vrai dire guère convaincante dès lors qu’il résulte de l’article 25 de la Convention du CIRDI, comme le précise le Rapport précité des Administrateurs, qu’une personne morale ayant la nationalité de l’Etat partie au différend peut être partie aux procédures établies sous les auspices du Centre si l’Etat en question accepte de la considérer comme ressortissant d’un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers. Le fait qu’AFFIMET est une société de droit burundais ne faisait en conséquence pas obstacle par lui-même à ce que la requête d’arbitrage fût déposée par la société pour peu que le Gouvernement burundais y eût donné son consentement.

89. Quelles que soient les raisons qui ont conduit les actionnaires belges à agir en cette qualité plutôt qu’à déposer une requête au nom de la société AFFIMET, 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 investisseurs. La sentence *AGIP c. République populaire du Congo* (1979) s’est prononcée sur la requête de la société italienne AGIP qui se plaignait d’avoir été dépossédée de sa participation dans une société congolaise dont elle détenait 90% des actions²⁹. La sentence précitée dans l’affaire *AAPL v. Sri Lanka* (1990) s’est prononcée sur la requête d’une société de Hong Kong pour perte de son investissement dans une société sri-lankaise à la suite d’une action militaire contre des rebelles. La sentence précitée dans l’affaire *AMT v. Zaïre* (1997) s’est prononcée sur la requête d’une société de droit américain relative à la destruction des installations d’une société de droit zaïrois dont la société requérante détenait 94% des actions. Ce qui est vrai d’un investisseur étranger personne morale possédant le contrôle d’une société de droit local doit l’être d’un investisseur étranger personne

²⁹ *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXIV, 1981, pp. 863 et ss.

physique possédant le contrôle d'une société de droit local. Le Tribunal conclut que la requête des six actionnaires belges qui exercent le contrôle de la société de droit burundais AFFIMET est recevable. C'est sur cette requête que le Tribunal est appelé à se prononcer, et non pas sur une demande de la société AFFIMET, laquelle n'est pas une requérante devant le Tribunal.

90. Le second problème de recevabilité tient à l'exigence d'une procédure préalable au dépôt de la requête d'arbitrage. En effet, aux termes de l'article 8, paragraphes 2 et 3, de la Convention belgo-burundaise d'investissement,

2. Tout différend relatif aux investissements fait l'objet d'une notification écrite, accompagnée d'un aide-mémoire suffisamment détaillé établi à l'initiative de l'investisseur de l'une des parties, à l'autre partie contractante.

Ce différend est, de préférence, réglé à l'amiable par un arrangement entre les parties au différend et, à défaut, par la conciliation entre les parties contractantes, par la voie diplomatique.

3. Si le différend ne peut être réglé dans les trois mois à compter de la notification écrite visée au paragraphe 2³⁰, il est soumis, à la demande de l'investisseur concerné, pour conciliation ou arbitrage au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

91. La notification visée au paragraphe 2 de l'article 8 a été adressée au Ministre du commerce et de l'industrie du Burundi par l'avocat d'AFFIMET le 6 juin 1995, accompagnée de l'aide-mémoire détaillé exigé par cette disposition. En application de cette même disposition, AFFIMET a demandé au Gouvernement belge le 1er septembre 1995 de tenter de régler le différend par la voie diplomatique. Ni l'une ni l'autre de ces démarches n'ont abouti. Une lettre du chargé d'affaires a. i. de l'ambassade de Belgique à Bujumbura datée du 16 octobre 1995 fit état de l'échec de la démarche diplomatique et du refus du Gouvernement burundais de revenir sur le retrait de l'agrément d'AFFIMET comme entreprise franche. Le différend n'ayant pu être réglé dans les trois mois de la notification écrite, la requête d'arbitrage a, en conséquence, été valablement déposée le 29 novembre 1995, c'est-à-dire après

³⁰ L'exemplaire de la Convention communiqué au Tribunal par les requérants se réfère au paragraphe 1, alors qu'il s'agit manifestement de la notification visée au paragraphe 2.

l'échec à la fois de la démarche directe des investisseurs et de la voie diplomatique.

92. Il ressort de ce qui précède que les conditions de recevabilité énoncées par l'article 8, paragraphes 2 et 3, de la Convention belgo-burundaise d'investissement sont satisfaites en ce qui concerne les conclusions de la requête portant sur la légalité et les conséquences juridiques du retrait du certificat d'entreprise franche en date du 29 mai 1995.

93. Les conditions énoncées par les dispositions précitées de l'article 8, paragraphes 2 et 3, de la Convention belgo-burundaise de protection des investissements ne sont, en revanche, pas remplies en ce qui concerne les conclusions de la requête tendant à la condamnation de la République du Burundi à rembourser les taxes fiscales et douanières acquittées par AFFIMET, ainsi que les devises convertibles échangées en francs burundais par AFFIMET, pendant la période antérieure au cours de laquelle le certificat d'entreprise franche avait été suspendu, soit entre le 20 août 1993 et le 10 janvier 1994. Ces conclusions sont, en conséquence, irrecevables, et le différend sur lequel le Tribunal est appelé à se prononcer porte exclusivement sur la licéité et les conséquences de la décision du 29 mai 1995 portant retrait du certificat d'entreprise franche accordé à la société AFFIMET.

VII. LE FOND

A. Le droit applicable

94. Aux termes de l'article 42, paragraphe premier, de la Convention du CIRDI,

Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière.

La présente affaire se situe dans le cadre de la première phrase de cette disposition puisque l'article 8, paragraphe 5, de la Convention belgo-burundaise d'investissement dispose comme suit :

L'organisme d'arbitrage statue sur base :

- du droit national de la partie contractante partie au litige, sur le territoire de laquelle l'investissement est situé, y compris les règles relatives aux conflits de lois ;
- des dispositions de la présente Convention ;
- des termes de l'engagement particulier qui serait intervenu au sujet de l'investissement ;
- des règles et principes de droit international généralement admis.

Sans doute la détermination du droit applicable n'est-elle pas, à proprement parler, faite par les parties au présent arbitrage (Burundi et investisseurs requérants), mais par les parties à la Convention d'investissement (Burundi et Belgique). Comme cela a été le cas pour le consentement des parties, le Tribunal estime cependant que la République du Burundi s'est prononcée en faveur du droit applicable tel qu'il est déterminé dans la disposition précitée de la Convention belgo-burundaise d'investissement en devenant partie à cette Convention et que les investisseurs requérants ont effectué un choix similaire en déposant leur requête d'arbitrage sur la base de ladite Convention. Si ce n'est pas la première fois, on l'a signalé, que la compétence du Centre résulte directement d'une convention bilatérale de protection des investissements, et non pas d'un accord distinct entre l'Etat hôte et l'investisseur, c'est l'une des premières fois, semble-t-il, qu'un tribunal du CIRDI est appelé à faire application du droit directement déterminé par une telle convention³¹.

95. Les dispositions de l'article 8 de la Convention belgo-burundaise d'investissement relatives au droit sur la base duquel le Tribunal est appelé à statuer rejoignent celles de l'article 7 relatives à la substance des obligations assumées par les parties en vertu de cette Convention. Aux termes du paragraphe premier de l'article 7, en effet,

La présente Convention ne porte pas préjudice :

³¹ Cf. affaire *AAPL v. Sri Lanka* (*supra* note 23), où le consentement des parties ressortait d'une clause du traité bilatéral de protection des investissements, sans que ce traité ne se prononçât explicitement sur le droit applicable. La majorité du Tribunal vit là un choix implicite en faveur de l'application du droit international, ce qui fut contesté par l'opinion dissidente de l'un des arbitres.

- a) aux lois, règlements, pratiques ou procédures administratives ou aux décisions administratives ou judiciaires de l'une ou l'autre des parties contractantes ;
- b) aux obligations juridiques internationales ;
- c) aux obligations contractées par l'une ou l'autre des parties contractantes, y compris celles figurant dans un accord particulier d'investissement ou dans une autorisation d'investissement, existant, les uns ou les autres, antérieurement ou postérieurement à son entrée en vigueur.

Les règles juridiques gouvernant les droits et obligations des parties et les principes et règles applicables par le Tribunal à la solution du différend sont, en conséquence, constituées les unes comme les autres de la même combinaison de droit interne et de droit international.

96. Il suffit en conséquence au Tribunal de donner effet, dans le cadre de la première phrase de l'article 42, paragraphe premier, de la Convention du CIRDI, au choix des parties tel qu'il s'exprime au travers de l'article 8, paragraphe 5, de la Convention belgo-burundaise d'investissement. Les quatre catégories de règles juridiques auxquelles cette disposition se réfère peuvent être regroupées deux par deux et se ramènent au droit burundais, d'une part, au droit international, d'autre part. Les "termes de l'engagement particulier qui serait intervenu au sujet de l'investissement" se rapportent au régime de zone franche établi par les actes législatifs et réglementaires burundais. Quant aux "dispositions de la présente Convention", c'est-à-dire aux dispositions de la Convention belgo-burundaise d'investissement, elles font partie des "règles et principes de droit international applicables" ; dans la présente affaire il n'existe au demeurant guère d'autres règles et principes de droit international applicables en dehors des dispositions de la Convention belgo-burundaise d'investissement.

97. Dans la jurisprudence antérieure le problème des rapports entre les diverses sources de droit applicable s'est posé dans le cadre de la seconde phrase de l'article 42, paragraphe premier, de la Convention du CIRDI, et il a reçu des solutions divergentes, abondamment commentées par la doctrine : rapports de hiérarchie selon les uns, le droit national s'appliquant en premier lieu mais étant écarté au cas de contrariété avec le droit international ; rapports de subsidiarité selon d'autres, le droit international étant appelé seulement à combler des lacunes ou à pallier des incertitudes du droit

national ; rapports de complémentarité selon d'autres encore, le droit national et le droit international ayant chacun sa propre sphère d'application.

98. Dans la présente affaire – qui met en cause, il faut le rappeler, la première phrase de l'article 42 de la Convention du CIRDI – c'est un rapport de complémentarité qui doit prévaloir. Que le Tribunal doive faire application du droit burundais ne saurait faire de doute, puisque aussi bien ce dernier est cité en tout premier lieu par la disposition pertinente de la Convention belgo-burundaise d'investissement. Quant au droit international, son application s'impose pour une double raison. D'abord, parce que, selon les indications fournies au Tribunal par les requérants, le droit burundais paraît incorporer le droit international et le rendre ainsi directement applicable ; en raison de la non-comparution de la partie défenderesse, le Tribunal n'est toutefois pas en mesure d'aboutir à une conclusion certaine sur ce point. Ensuite, parce que la République du Burundi est tenue par les obligations internationales qu'elle a librement assumées en vertu de la Convention de protection des investissements, tout comme elle peut se prévaloir des droits que cette Convention lui confère, et plus particulièrement, on le verra, de celui, que lui confère l'article 4 de la Convention, de prendre, sous certaines limites et conditions, des mesures privatives ou restrictives de propriété ou des mesures similaires à l'égard des investissements situés sur son territoire. A cela s'ajoute le fait que les obligations internationales assumées par le Burundi en vertu de la Convention d'investissement renvoient à plusieurs occasions à la licéité du comportement de l'Etat au regard de son droit interne, tant et si bien que l'on se trouve en présence de renvois croisés du droit national burundais au droit international – plus particulièrement aux droits et obligations définis par la Convention d'investissement – et du droit international au droit national burundais.

99. Il convient de préciser que la question de la licéité des actes d'un Etat n'appelle pas nécessairement la même réponse selon qu'on l'envisage au regard du droit interne de cet Etat ou au regard du droit international. Dans l'affaire *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) c. Italie* la Cour internationale de Justice a déclaré qu'"un acte d'une autorité publique peut avoir été illégitime en droit interne sans que cela signifie nécessairement que cet acte était illicite en droit international, en tant que violation d'un traité ou autrement"³². A l'inverse, un acte régulier en droit interne peut être illicite en droit interna-

³² C.I.J. Recueil 1989, p. 74, para. 124.

tional parce que constitutif d'une violation d'un traité ou autrement. En pareil cas, le Tribunal devrait tenir compte de la disposition du paragraphe 2 de l'article 7 précité de la Convention belgo-burundaise d'investissement aux termes de laquelle

Lorsqu'une question relative à un investissement est régie à la fois par la présente Convention et par une ou plusieurs des dispositions visées au paragraphe 1, les investisseurs peuvent toujours se prévaloir des dispositions qui leur sont les plus favorables.

Loin d'établir *a priori* une hiérarchie entre les deux systèmes de droit qui gouvernent les relations entre le Burundi et les investisseurs belges et doivent servir de base au règlement du différend par le Tribunal, la Convention belgo-burundaise d'investissement fait devoir au Tribunal d'examiner la situation juridique posée par la mesure litigieuse du 29 mai 1995 au regard à la fois de l'un et de l'autre : chacun doit prévaloir dans sa propre sphère d'application, et en cas de conflit entre eux ce sont, du commun accord des parties, les dispositions les plus favorables aux investisseurs qui doivent recevoir application.

B. Le problème au regard du droit burundais

100. Ainsi qu'il a été indiqué plus haut, le Ministre du commerce et de l'industrie de la République du Burundi adressa à AFFIMET le 29 mai 1995 la lettre suivante :

En exécution de la décision prise en Conseil des Ministres de ce vendredi 26 mai 1995 et de l'Ordonnance ministérielle n° 750/184 du 29 mai 1995, j'ai l'honneur de vous informer que le certificat d'entreprise franche n° 001/93 (à) vous octroyé le 3 février 1993 vous est retiré.

Le même jour le Ministre adressait à plusieurs autorités burundaises une lettre leur transmettant une copie de l'ordonnance n° 750/184 du 29 mai 1995 et ajoutait :

Je vous informe qu'en application de cette ordonnance, les certificats d'entreprise franche attribués aux Entreprises AFFIMET et EJUMEAU ont été retirés.

L'ordonnance sur laquelle se fondait la décision du 29 mai 1995 reprenait mot pour mot, il faut le rappeler, l'ordonnance n° 750/415 du 28 septembre 1992 portant mesure d'exécution du décret-loi n° 1/30 du 31 août 1992 qui instituait un régime de zone franche au Burundi, à une exception près : à la liste des entreprises non éligibles au régime de zone franche telle qu'elle figurait à l'article premier de l'ordonnance de 1992 étaient ajoutés, dans l'article premier de l'ordonnance de 1995 :

f) La recherche, l'extraction, l'enrichissement, le raffinage et/ou l'affinage, l'achat et la vente des minerais.

101. Les requérants soutiennent que la décision du 29 mai 1995 retirant le certificat d'entreprise franche délivré le 3 février 1993 viole le droit burundais. A cet effet les requérants se fondent sur certains principes de droit administratif, qui, bien que non écrits, forment, selon eux, "le cadre dans lequel se meut l'administration" du Burundi et qui, indiquent-ils, sont pour la plupart "une reproduction quasi fidèle des principes en application en France et en Belgique". Ils se réfèrent, en particulier, à la théorie du retrait des actes administratifs, au principe du parallélisme des formes, à la hiérarchie entre les actes législatifs et les actes administratifs, à la responsabilité dite de l'Etat législateur. La partie défenderesse n'ayant pas fait valoir ses droits, le Tribunal ne dispose au sujet du droit administratif burundais d'aucune information autre que celle qui lui a été fournie par les requérants, à savoir que ce droit s'inspire des mêmes principes que le droit administratif belge et le droit administratif français.

102. Le Tribunal doit observer en premier lieu que, contrairement à ce que soutiennent les requérants, la décision contestée du 29 mai 1995 ne s'analyse pas en un retrait du certificat d'entreprise franche au sens de la théorie française du retrait des actes administratifs. Les avantages acquis par AFFIMET avant le 29 mai 1995 (exonération de droits et taxes, etc.) ne sont en effet pas remis en cause de manière rétroactive ; ils ne sont supprimés que pour l'avenir. La décision contestée s'analyse en une simple abrogation ou révocation de l'agrément, et la théorie française du retrait des actes administratifs n'est pas en jeu dans cette affaire. Le Tribunal n'a, en conséquence, pas à se demander si les conditions d'application de cette théorie sont ou non remplies.

103. Le Tribunal note en second lieu que pour mettre fin, fût-ce simplement pour l'avenir, au certificat d'entreprise franche le Gouvernement

burundais ne s'est fondé ni sur l'illégalité ni sur l'inopportunité de la décision par laquelle ce certificat avait été accordé. La lettre du Ministre du commerce et de l'industrie en date du 29 mai 1995 informant AFFIMET de la décision prise ne laisse aucun doute sur la motivation de cette dernière : il est mis fin pour l'avenir au bénéfice du régime de la zone franche parce que la réglementation de la matière vient d'être modifiée³³.

104. Dans ces conditions la décision contestée ne pourrait être regardée comme illégale au regard du droit burundais que dans deux hypothèses : si elle était dépourvue de base légale parce que l'ordonnance du même jour sur laquelle elle est fondée était elle-même entachée d'illégalité, ou si elle était entachée d'un vice propre. Les requérants soutiennent que tel est bien le cas.

105. Les requérants avancent, tout d'abord, que la décision mettant fin à l'agrément d'AFFIMET comme entreprise franche était dépourvue de base légale parce que la disposition de l'ordonnance n° 750/184 du même jour déclarant non éligible au régime de zone franche les activités portant sur les minerais était elle-même illégale à la fois parce qu'elle aurait porté atteinte par voie réglementaire à un droit acquis par un particulier en vertu d'une disposition législative et parce qu'elle aurait constitué une mesure individuelle déguisée sous l'apparence d'une mesure réglementaire.

106. *Primo* : A en croire les requérants, l'ordonnance du 29 mai 1995 serait illégale parce qu'elle aurait porté atteinte par voie réglementaire à un droit régulièrement acquis par un particulier en vertu d'un texte législatif, à savoir le décret-loi n° 1/30 du 31 août 1992 portant création d'un régime de zone franche au Burundi. Le Tribunal ne saurait se rallier à cette analyse. Il n'existe manifestement aucune contradiction entre le décret-loi du 31 août 1992 et l'ordonnance ministérielle du 29 mai 1995. Le décret-loi du 31 août 1992 ne déterminait pas lui-même les activités éligibles au régime de zone franche et se bornait, en son article 42, à charger le Ministre du commerce et de l'industrie de son exécution. C'est par l'article premier de l'ordonnance ministérielle n° 750/415 du 28 septembre 1992 qu'avait été établie la liste des activités non éligibles au régime de zone franche ; et cette même disposition précisait en termes exprès que cette liste pouvait être modifiée ultérieurement par une ordonnance du Ministre ayant le commerce extérieur dans ses attributions. L'article 2 de l'ordonnance ajoutait que l'éligibilité de

³³ *Supra*, para. 15.

chaque minerais pouvait être soumise à des conditions particulières arrêtées par les services compétents des ministères ayant respectivement les mines et le commerce extérieur dans leurs attributions. Il est clair, par conséquent, que les droits que les requérants prétendent avoir été acquis par AFFIMET ne l'avaient pas été en vertu du texte législatif du 31 août 1992 mais en vertu du texte réglementaire du 28 septembre 1992. Il est non moins clair que l'ordonnance du 29 mai 1995, qui constituait, au même titre que celle du 28 septembre 1992 qu'elle modifiait, une mesure d'exécution du décret-loi du 31 août 1992, ne contredisait, méconnaissait ou violait aucune disposition de ce dernier.

107. La situation juridique est en définitive fort simple : l'ordonnance réglementaire du 28 octobre 1992 prise en exécution du décret-loi du 31 août 1992 ne faisait pas obstacle à l'éligibilité des minerais au régime de zone franche ; l'ordonnance réglementaire du 29 mai 1995 mettait fin à cette éligibilité. Or il est de principe qu'il n'y a pas de droit acquis au maintien d'une réglementation et que l'autorité réglementaire peut à tout moment modifier ou abroger une disposition réglementaire antérieure. Les requérants n'avaient en conséquence aucun droit acquis au maintien du règlement de 1992, et le Gouvernement burundais n'a commis aucun excès de pouvoir en ajoutant par voie réglementaire en 1995 les minerais à la liste des activités non éligibles établie par voie réglementaire en 1992.

108. *Secundo* : Selon les requérants, l'ordonnance du 29 mai 1995 sur laquelle est fondée la décision litigieuse du même jour mettant fin à l'agrément d'AFFIMET serait entachée d'illégalité parce que la suppression de l'éligibilité des minerais aurait été décidée en vue d'un cas unique, celui d'AFFIMET et constituerait de ce fait une décision individuelle déguisée sous l'apparence d'une mesure réglementaire. Le Tribunal ne saurait se rallier à cette analyse dès lors qu'une mesure analogue a été prise en application de la disposition critiquée à l'encontre d'au moins une autre société, EJUMEAU, dont l'activité portait sur l'étain.

109. Les requérants ne se contentent pas d'alléguer le défaut de base légale de la décision mettant fin à l'agrément d'AFFIMET comme entreprise franche ; ils invoquent aussi plusieurs vices propres à cette décision.

110. Les requérants soutiennent qu'en vertu du principe du parallélisme des formes la décision mettant fin à l'agrément aurait dû être précédée des mêmes formalités que celles par lesquelles l'agrément avait été accordé, à

savoir la consultation de la Commission consultative du régime de zone franche. Le Tribunal ne saurait accepter cette argumentation. La consultation de la Commission est exigée par le décret-loi du 31 août 1992 préalablement à la délivrance du certificat d'entreprise franche afin d'«examiner les données de l'entreprise» et de donner son avis, entre autres, sur les activités envisagées, la date limite de démarrage de ces activités, l'inventaire des produits pour lesquels la franchise douanière a été sollicitée, l'impact du fonctionnement de l'entreprise sur l'environnement, etc. La décision de mettre fin à l'agrément d'AFFIMET en qualité d'entreprise franche était la conséquence nécessaire de la suppression, par l'ordonnance du même jour, de l'éligibilité des minerais. La consultation de la Commission n'aurait eu aucun objet et n'avait aucune raison d'être.

111. Les requérants s'appuient également sur le fait que la révocation du certificat d'entreprise franche n'est prévue par l'article 34 du décret-loi du 31 août 1992 que dans le seul cas de récidive par l'entreprise de certains délits limitativement énoncés aux articles 32 et 33 ; aucun délit de cet ordre – ni d'ailleurs aucune autre faute ou négligence – n'ayant été reproché à AFFIMET, la décision contestée, soutiennent-ils, est entachée d'illégalité. Le Tribunal ne peut, là encore, se rallier à l'argumentation des requérants. L'agrément en qualité d'entreprise franche n'a pas été retiré au motif que la société n'aurait pas respecté les conditions législatives ou réglementaires ou les conditions dont était assorti l'octroi du certificat d'entreprise franche (notamment le démarrage de ses activités au plus tard le 1er juillet 1993 «sous peine de voir annuler ce certificat»). Aucun grief n'avait été articulé contre la société, et la décision de mettre fin à l'agrément n'avait en aucune manière le caractère d'une sanction. Le décret-loi du 31 août 1992 subordonnait l'octroi de l'agrément à certaines conditions d'éligibilité, notamment l'exercice d'une activité dirigée exclusivement vers l'exportation «dans un secteur non traditionnel», la concrétisation de ce concept étant renvoyée à des ordonnances ministérielles. En application de ces dispositions, une première liste de produits traditionnels non éligibles fut fixée par l'ordonnance ministérielle du 28 septembre 1992, et à cette liste l'ordonnance du 29 mai 1995 ajoutait les minerais. Comme il a déjà été dit, le bénéfice du régime de zone franche octroyé à AFFIMET se voyait dorénavant privé de toute base juridique.

112. Sans doute, comme le soulignent les requérants, ni le décret-loi du 31 août 1992 ni les règlements d'application de 1992 et 1995 ne prévoyaient-ils qu'un agrément comme entreprise franche une fois accordé, il puisse ultérieurement être révoqué en dehors de l'hypothèse spécifique-

ment prévue de la sanction pour récidive de certains délits. Mais il serait contraire à tout principe qu'un agrément entraînant au profit de son bénéficiaire des avantages divers, notamment d'ordre fiscal et douanier, revête un caractère irrévocable et intangible. Comme le souligne le préambule du décret-loi du 31 août 1992, le régime de faveur dit de zone franche a été institué dans des buts d'intérêt général : promotion des exportations de produits non traditionnels, stimulation des investissements privés, création d'emplois, transferts de technologie, compétitivité accrue des produits burundais sur les marchés d'exportation, notamment vis-à-vis d'autres pays en développement qui connaissent le régime de zone franche. A partir du moment où, au jugement des autorités compétentes de l'Etat, l'intérêt général dont ce dernier a la charge ne justifiait plus cette stimulation pour tel produit ou telle activité, il était de leur pouvoir de modifier les textes gouvernant le régime de zone franche et de mettre fin – pour l'avenir s'entend, et sans effet rétroactif – à des agréments antérieurement accordés.

113. A l'encontre de la décision litigieuse les requérants invoquent encore une autre vice propre. La disposition de l'ordonnance ministérielle n° 750/184 du 29 mai 1995, soutiennent-ils, déclare non éligibles au régime de zone franche "la recherche, l'extraction, l'enrichissement, le raffinage et/ou l'affinage, l'achat et la vente des *minerais*³⁴", ce qui, estiment-ils, ne couvre pas les opérations portant sur les *métaux précieux*, en particulier sur l'or. En faisant application à AFFIMET, dont l'activité concernait l'or, d'une disposition visant les minerais, concluent-ils, l'administration burundaise a commis une illégalité.

114. Le Tribunal ne peut accepter cette analyse. Quels que puissent être par ailleurs les rapports entre les concepts de *minerais* et de *métaux précieux*, il ressort du dossier soumis au Tribunal qu'aux fins de l'application du régime de zone franche établi par le droit burundais les métaux précieux ont été regardés comme faisant partie de la catégorie des minerais. De cela les exemples abondent :

— Le 9 juillet 1993 le cabinet du Ministre du commerce et de l'industrie informait AFFIMET qu'"[u]ne commission sera mise sur pied pour examiner l'opportunité de maintenir *l'or et les autres minerais* en zone franche"³⁵.

³⁴ Italiques ajoutés.

³⁵ Italiques ajoutés.

— Le 20 juillet 1993 le Directeur des mines et carrières invitait AFFIMET à payer une caution équivalente aux taxes et autres redevances exigées pour l'exportation de l'or "avant que tous les éclaircissements soient établis quant à l'opportunité de maintenir *l'or et les autres minerais* en zone franche"³⁶.

— Dans son rapport du 30 juillet 1993 la Commission chargée par le Ministre du commerce et de l'industrie d'étudier le dossier AFFIMET déplorait que les dispositions qui, aux termes de l'article 2 de l'ordonnance ministérielle du 28 septembre 1992, devaient fixer le degré de transformation pour chaque *minerai* n'aient pas encore été prises et observait que l'administration ne pouvait s'en prendre qu'à elle-même si le degré de transformation de l'or n'avait pas été déterminé avant l'octroi de l'agrément à AFFIMET.

— Dans son rapport du 22 avril 1994 l'équipe nationale chargée de proposer au Gouvernement des mesures provisoires pour réglementer l'exportation des minerais et de l'or mettait l'accent, s'agissant des opérations sur l'or et du problème d'AFFIMET, sur "les conditions particulières de l'éligibilité ou non des *minerais*"³⁷ *en zone franche*".

— Le rapport remis au Gouvernement le 25 avril 1995 par AMEX INTERNATIONAL traite de bout en bout l'or comme un minerai. Dès la première phrase il se donne pour but "d'analyser le problème relatif à l'inclusion *des minerais, en particulier de l'or*"³⁸, *dans la zone franche*. Plus loin, sous le titre "Le Problème des Minerais", il envisage l'or, puis "les deux autres minerais couramment commercialisés", et il observe que le "problème des minerais au Burundi" est en réalité "un problème lié uniquement à l'or et non pas aux minerais en général". Plus loin encore, traitant du "commerce des minerais", il écrit que "[l]or est de loin le minerai le plus important de ce commerce. Il représente, en valeur, plus de 99% du total des minerais commercialisés au Burundi... Le 'problème de l'or' est dénommé 'problème des minerais' alors qu'en fait seul l'or est controversé... Le 'problème des minerais'... est, en fait le problème de l'or". L'Annexe B au rapport, intitulée "Eligibilité des minerais dans la zone franche", traite en détail du problème de l'or, et plus spécialement de la question d'AFFIMET ; et sous le titre "Situation actuelle des exploitations minières" ce rapport examine en tout premier lieu l'"[E]xploitation de l'or".

³⁶ Italiques ajoutés.

³⁷ Italiques ajoutés.

³⁸ Italiques ajoutés.

115. Le Tribunal observe en outre que les requérants n'ont eux-mêmes pas fait la distinction entre "minerais" et "métaux précieux", puisque aussi bien, dans sa lettre du 2 janvier 1993 sollicitant l'octroi du certificat d'entreprise franche, Monsieur Alain Goetz indiquait qu'AFFIMET "s'est donné pour mission la production, l'affinage et l'exportation des *métaux précieux*, ainsi que l'achat sur le marché local, régional et international des *minerais* nécessaires à cette activité"³⁹.

116. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal conclut qu'en faisant application à AFFIMET, dont l'activité portait sur l'or, des dispositions de l'ordonnance ministérielle du 29 mai 1995 relatives aux "minerais" la décision contestée n'est pas entachée d'illégalité.

117. De l'examen de la licéité de la décision du 29 mai 1995 mettant fin à l'agrément d'AFFIMET en qualité d'entreprise franche il ressort que l'illégalité de cette décision au regard du droit burundais n'est pas établie. Cette conclusion en entraîne une autre, sur le plan de la responsabilité de l'Etat burundais. Il est de principe, en effet, qu'une décision administrative légale ne peut être regardée comme fautive et n'est donc pas susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat sur le terrain de la faute. Aussi bien n'est-ce pas sur ce terrain que les requérants se placent pour demander que l'Etat burundais soit déclaré responsable dans le cadre du droit burundais, mais sur celui de la responsabilité sans faute, plus précisément sur celui de la responsabilité de l'Etat législateur.

118. Répondant à une question du Tribunal, le conseil des requérants a précisé qu'aucune disposition constitutionnelle ou législative burundaise n'accorde explicitement à un particulier une indemnité en réparation du préjudice causé par une loi ou par une mesure administrative légale. Dans le silence des textes, a-t-il ajouté, l'application de la théorie dite de l'Etat législateur est cependant imposée par la doctrine, la jurisprudence et les principes généraux du droit des pays dont le système juridique s'inspire du Code Napoléon. Les requérants semblent se référer ainsi à la jurisprudence du Conseil d'Etat français relative à la responsabilité de l'Etat du fait des décisions administratives régulières, qui s'inspire de principes semblables à ceux qui gouvernent en droit français la responsabilité de l'Etat législateur. L'idée à la base de cette jurisprudence est qu'une décision administrative légale,

³⁹ Italiques ajoutés.

qu'elle soit réglementaire ou individuelle, peut ouvrir droit à réparation, sur le fondement du principe de l'égalité devant les charges publiques, lorsqu'elle impose à un particulier une charge spéciale et anormalement grave. Comme en matière de responsabilité de l'Etat législateur, la responsabilité du fait des mesures administratives légales est toutefois écartée par la jurisprudence du Conseil d'Etat français dans deux cas : d'une part, lorsqu'il est de la nature même de la matière de donner lieu à des décisions discriminatoires, ce qui est le cas en matière économique, par le jeu d'agréments ou d'autorisations qui favorisent inévitablement ceux qui en bénéficient ; d'autre part, lorsque le préjudice invoqué est dû à une mesure prise dans un intérêt général et prééminent, notamment en vue de la protection de l'économie nationale et des finances publiques. Ainsi, à supposer même que le droit burundais consacre la responsabilité sans faute de l'Etat du fait de décisions administratives légales dans les mêmes conditions et limites que le droit administratif français, l'indemnisation du préjudice subi par les requérants du fait de l'ordonnance ministérielle du 29 mai 1995 et de la décision en faisant application devrait en tout état de cause être exclue. Compte tenu de cette conclusion, le Tribunal estime inutile de se prononcer sur l'existence et les contours d'une telle théorie en droit burundais.

119. Le Tribunal conclut en conséquence que l'illégalité de la décision de mettre fin à l'agrément d'AFFIMET comme entreprise franche au regard du droit burundais n'est pas établie et qu'au regard du droit burundais la responsabilité de l'Etat burundais n'est engagée envers les requérants ni sur le plan de la faute ni sur le plan de la responsabilité sans faute de la puissance publique.

C. Le problème au regard du droit international

120. Ainsi que le Tribunal l'a relevé plus haut, l'une des caractéristiques essentielles de la présente affaire consiste en l'existence d'un traité international dit de couverture (*umbrella agreement*) – la Convention belgo-burundaise d'investissement – qui définit certains droits et obligations des parties. Quelle que soit la maîtrise sur son droit interne que l'Etat burundais tire de sa souveraineté, il est tenu, en vertu même de cette souveraineté, de respecter ses engagements internationaux. C'est dire que la mission du Tribunal ne se limite pas à l'examen de la licéité et des conséquences juridiques de la décision litigieuse au regard du droit burundais, mais doit nécessairement se poursuivre par l'examen de la licéité et des conséquences juridiques de la décision litigieuse au regard des droits et obligations internationaux de l'Etat burundais.

121. Le Tribunal ne juge pas utile, à cet égard, de s'attarder sur l'allégation, avancée par les requérants, d'une violation par la République du Burundi de ses obligations en vertu de l'article 2, paragraphe 2, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, auquel le Burundi et la Belgique sont tous deux parties. Cette disposition se lit comme suit :

Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, la langue, la religion, l'opinion politique, l'origine nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

Une discrimination suppose un traitement différencié appliqué à des personnes se trouvant dans des situations semblables ; or il n'est pas allégué par les requérants que les investisseurs belges requérants aient été traités plus mal que d'autres investisseurs se trouvant dans une situation similaire. A supposer même que les investisseurs belges requérants puissent se prévaloir du Pacte, le Tribunal ne voit pas en quoi la décision de mettre fin au certificat d'entreprise franche octroyé à AFFIMET pourrait tomber sous le coup de cette disposition.

122. C'est donc au regard des obligations assumées par la République du Burundi en vertu de la Convention belgo-burundaise pour la protection des investissements que la question de la licéité internationale de la décision révoquant l'agrément d'AFFIMET comme entreprise franche doit être examinée.

123. Le Tribunal peut immédiatement écarter l'hypothèse d'une violation par la République du Burundi de l'obligation de "Promotion des investissements" qu'elle a assumée en vertu de l'article 2 du Traité ; aucun grief spécifique n'est d'ailleurs articulé à cet égard par les requérants. Aux termes du paragraphe premier de cet article,

Chaque partie contractante encourage et admet sur son territoire, en conformité avec sa législation, les investissements effectués par des investisseurs de l'autre partie contractante ainsi que toutes les activités y afférentes.

Le Tribunal observe que c'est précisément en vue d'encourager les investissements étrangers que le Burundi a introduit dans sa législation un régime de zone franche. Qu'il ait assorti ce régime de certaines conditions, qu'il lui ait assigné certaines limites et qu'il ait amendé à un moment donné la réglementation gouvernant ce régime, cela relevait de sa décision souveraine. La Convention est au demeurant parfaitement explicite sur ce point : la promotion des investissements par chacune des parties doit s'effectuer "en conformité avec sa législation".

124. C'est essentiellement au regard de l'article 4 de la Convention, intitulé "Mesures privatives et restrictives de propriété", que la licéité internationale de la révocation du certificat d'entreprise franche doit être appréciée. Sans doute la décision litigieuse ne peut-elle s'analyser comme une mesure privative et restrictive de propriété, mais il ressort des termes mêmes de l'article 4 que cette disposition ne vise pas seulement les mesures privatives et restrictives de propriété *stricto sensu*, mais régit plus largement toutes mesures "ayant un effet similaire". Aux termes du paragraphe premier de cet article, en effet, la République du Burundi a pris l'engagement de

... ne prendre aucune mesure privative ou restrictive de propriété, ni *aucune autre mesure ayant un effet similaire*⁴⁰ à l'égard des investissements situés sur son territoire, si ce n'est lorsque des impératifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national l'exigent exceptionnellement, auquel cas les conditions suivantes doivent être remplies :

- a) les mesures sont prises selon une procédure légale ;
- b) elles ne sont ni discriminatoires, ni contraires à un accord particulier... ;
- c) elles sont assorties de dispositions prévoyant le paiement d'une indemnité adéquate et effective.

Cette dernière condition est précisée par le paragraphe 2 de l'article 4 dans les termes suivants :

L'indemnité visée au paragraphe 1 c) représente la valeur vénale des investissements concernés à la veille du jour où les mesures sont prises ou, le cas échéant, à la veille du jour où

⁴⁰ Italiques ajoutés.

elles ont été rendues publiques. Toutefois, lorsqu'un investissement n'a pas de valeur vénale ou lorsque l'investisseur concerné prouve que la valeur vénale des investissements expropriés est inférieure à leur valeur réelle et objective, l'indemnité est fixée sur base de cette dernière valeur.

Toute indemnité est payée dans la monnaie de l'Etat auquel appartient l'investisseur concerné ou dans toute autre monnaie convertible.

Elle est versée sans délai, est effectivement réalisable et porte intérêt courant à partir de la date de l'expropriation, à un taux commercial raisonnable.

Elle est librement transférable.

Dès lors que, selon les indications fournies au Tribunal par les requérants, la révocation du certificat d'entreprise franche les a contraints à arrêter toute activité à partir du 13 août 1996, date de la dernière exportation, ce qui a privé de toute utilité les investissements réalisés et dépouillé les investisseurs requérants du bénéfice qu'ils pouvaient attendre de leurs investissements, la mesure litigieuse peut être regardée comme une "mesure ayant un effet similaire" à une mesure privative ou restrictive de propriété au sens de l'article 4 de la Convention d'investissement.

125. Aux termes du paragraphe premier de l'article 4 de la Convention une mesure privative ou restrictive de propriété ou une mesure ayant un effet similaire est internationalement licite dès lors que certaines conditions sont remplies. C'est seulement lorsque l'une des ces conditions ne se trouve pas satisfaite que l'Etat d'accueil peut être regardé comme ayant contrevenu à ses obligations internationales en vertu de la Convention et, plus particulièrement, comme ayant méconnu l'obligation, énoncée à l'article 3, d'assurer aux investisseurs de l'autre partie "une sécurité et... une protection constantes".

126. *Première condition* : une mesure telle que celle qui a été prise à l'encontre d'AFFIMET n'est internationalement licite que si "des impératifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national l'exigent exceptionnellement". C'est de toute évidence au regard du droit national burundais que cette condition doit s'apprécier. Or il ressort du dossier que c'est dans l'intérêt de l'économie nationale que les autorités burundaises ont institué en 1992 un régime de zone franche destiné à promouvoir les investissements et

que c'est dans cet intérêt également qu'elles ont dans un premier temps inclus l'or dans les activités dont l'intérêt national justifiait ce régime de faveur, avant de l'exclure de ce régime dans un second temps. Le changement de réglementation a été précédé d'études approfondies, dont l'une émanait d'un cabinet d'experts international. En l'absence d'erreur de droit ou de fait, d'erreur manifeste d'appréciation ou de détournement de pouvoir, il n'appartient pas au Tribunal de substituer son propre jugement à l'appréciation faite discrétionnairement par le Gouvernement du Burundi des "impératifs d'utilité publique... ou d'intérêt national"⁴¹. La première condition de la licéité internationale de la mesure contestée se trouve, dès lors, remplie.

127. *Seconde condition* : pour être internationalement licite, la mesure ne doit pas seulement reposer sur des motifs valables, elle doit aussi avoir été prise "selon une procédure légale". Il a été établi plus haut que tel est bien le cas. La licéité internationale de la mesure, qui dépend là encore de sa licéité au regard du droit national, se trouve ainsi établie au regard de cette seconde condition.

128. *Troisième condition* : pour être licite internationalement, la mesure ne doit être ni discriminatoire ni contraire à un accord particulier conclu entre les investisseurs et l'Etat hôte. Cette condition ne fait pas problème. Ainsi qu'il a déjà été noté, les requérants ne font état d'aucune discrimination par rapport à des entreprises se trouvant dans une situation similaire. Par ailleurs, dès lors que l'octroi du régime de zone franche n'a pas de caractère contractuel mais résulte d'une mesure unilatérale de l'administration burundaise, il ne saurait être question ici d'une mesure qui aurait été "contraire à un accord particulier".

129. Reste alors la *dernière condition* : pour que la mesure soit licite au regard de la Convention belgo-burundaise, elle doit être assortie de dispositions prévoyant le paiement d'une "indemnité adéquate et effective", cette indemnité devant être calculée selon les principes énoncés au paragraphe 2 de l'article 4 reproduit plus haut. La Convention consacre ainsi sur le plan international l'une des idées maîtresses du droit administratif français – et, dans la mesure où il s'inspirerait de ce dernier, du droit burundais –, à savoir que les prérogatives accordées à l'Etat doivent, si elles imposent une charge spéciale et anormale à un particulier dans l'intérêt général, faire l'objet d'une

⁴¹ Cf. I.F. I. Shihata, "Recent Trends Relating to Entry of Foreign Direct Investment", *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal*, vol. 9, 1994, p. 47, qui parle d'une appréciation "self-judging" soumise, conformément au droit international coutumier, à l'exigence de la bonne foi (p. 58).

compensation pécuniaire. En matière contractuelle, cette idée s'exprime dans la théorie dite du fait du prince, appliquée par la jurisprudence arbitrale aux contrats d'Etat⁴², en vertu de laquelle l'administration peut modifier unilatéralement certains droits et obligations définis au contrat, ou même mettre fin au contrat, lorsque l'intérêt général l'exige mais doit alors indemniser son cocontractant. En matière non contractuelle, c'est sur cette idée qu'est fondée la jurisprudence sur la responsabilité sans faute de l'Etat du fait des actes législatifs ou administratifs – réglementaires ou individuels – qui imposent une charge spéciale et anormale à un particulier dans l'intérêt général.

130. En l'espèce, la dernière condition mise par l'article 4 de la Convention à la licéité d'une "mesure ayant un effet similaire" à une mesure privative ou restrictive de propriété n'est pour le moment pas remplie, puisque aussi bien la révocation du certificat d'entreprise franche décidée le 29 mai 1995 n'était pas assortie de l'indemnité adéquate et effective à laquelle la licéité internationale de cette révocation était subordonnée. Le Tribunal ne considère toutefois pas que cette circonstance suffit à entacher d'illicéité internationale la mesure litigieuse. La Convention exige une indemnité adéquate et effective ; contrairement à ce que font certains droits nationaux en matière d'expropriation, elle n'exige pas une indemnisation préalable.

131. C'est dire que la question de la licéité internationale de la décision du 29 mai 1995 reste en suspens. De deux choses l'une, en effet. *Ou bien* la République du Burundi satisfait dans un délai raisonnable à la condition de l'indemnisation adéquate et effective en versant une indemnité répondant aux critères et aux exigences du paragraphe 2 de l'article 4 de la Convention. En ce cas, la licéité internationale de la décision du 29 mai 1995 se trouvera définitivement établie. *Ou bien* la République du Burundi ne satisfait pas dans un délai raisonnable à cette ultime condition de la licéité internationale de cette décision. En ce cas, elle aura violé l'obligation internationale, assumée par elle dans la Convention belgo-burundaise d'investissement à laquelle elle a adhéré dans le plein et libre exercice de sa souveraineté internationale, de "ne prendre aucune mesure privative ou restrictive de propriété, ni aucune autre mesure ayant un effet similaire à l'égard des investissements situés sur son territoire" sauf respect de certaines conditions. La responsabilité internationale de l'Etat burundais serait alors engagée à la fois pour violation de l'obligation, énoncée

⁴² *Southern Pacific Properties (Middle East) (SPP) v. Arab Republic of Egypt*, ARB/84/3, *International Legal Materials*, vol. 32, 1993, p. 970, paras. 176-177 ; *Journal du droit international*, 1994, p. 235.

à l'article 4, de s'abstenir de prendre toute mesure ayant un effet similaire à une mesure privative ou restrictive de propriété et pour violation de l'obligation, énoncée à l'article 3, d'assurer aux investissements belges sur son territoire "une sécurité et... une protection constantes".

132. Il en irait cependant autrement si la République du Burundi décidait de restituer à AFFIMET le bénéfice du statut d'entreprise franche. En pareil cas, la licéité internationale de l'action de la République du Burundi ne ferait plus problème. Le rétablissement de l'agrément d'AFFIMET en qualité d'entreprise franche n'aurait certes d'effet que pour l'avenir, et la question d'une réparation pour les dommages causés entre la date de la révocation de l'agrément et celle de son rétablissement pourrait se poser. Le Tribunal estime toutefois que, la révocation de l'agrément ayant été légale au regard du droit national burundais et n'ayant engendré aucune responsabilité de l'Etat burundais dans le cadre de son droit interne, il n'y aurait pas lieu à une indemnisation de tels dommages, à supposer même qu'ils puissent être établis.

133. En d'autres termes, il incombe à la République du Burundi, en vue d'établir la licéité internationale de la décision litigieuse de retrait de l'agrément, d'accorder aux requérants l'indemnité adéquate et effective prévue à l'article 4 de la Convention belgo-burundaise de protection des investissements, à moins qu'elle ne préfère leur restituer le bénéfice du régime de la zone franche. Le choix relève de la décision souveraine du Gouvernement burundais. Faute de prendre dans un délai raisonnable aucune de ces deux mesures, la République du Burundi commettrait un acte internationalement illicite dont il appartiendrait au Tribunal de tirer les conséquences appropriées.

VIII. DÉCISION DU TRIBUNAL

134. Pour les motifs qui précèdent, le Tribunal arbitral décide à l'unanimité ce qui suit.

135. En vue de respecter ses obligations internationales en vertu de la Convention conclue par elle avec l'Union belgo-luxembourgeoise concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, la République du Burundi doit :

— *Soit verser l'indemnité adéquate et effective à laquelle l'article 4 de ladite Convention subordonne la licéité internationale de la révocation du*

certificat d'entreprise franche accordé à la société AFFIMET. Conformément à cette disposition, cette indemnité doit représenter "la valeur vénale des investissements concernés à la veille du jour où la mesure a été prise", c'est-à-dire au 28 mai 1995, sauf si les investisseurs concernés prouvent que la valeur vénale des investissements est inférieure à leur valeur réelle et objective, auquel cas l'indemnité serait fixée sur base de cette dernière valeur. L'indemnité doit être payée en francs belges ou en toute autre monnaie convertible. Elle doit être versée sans délai, être effectivement réalisable et porter intérêt courant à partir du 29 mai 1995, à un taux commercial raisonnable. Elle doit être librement transférable. Si les parties ne parvenaient pas à un accord sur le montant de l'indemnité à verser en application des dispositions de l'article 4 de ladite Convention ou sur toute autre solution rencontrant leur commun accord, il appartiendrait au Tribunal de déterminer ce montant, le cas échéant après expertise ;

— *Soit, si elle préfère cette solution, mettre fin à la mesure contestée*, ce qui peut être effectué ou bien par l'abrogation de l'ordonnance ministérielle n° 750/184 du 29 mai 1995 suivie du rétablissement du certificat d'entreprise franche, ou bien par le rétablissement du certificat d'entreprise franche sans abrogation préalable de l'ordonnance ministérielle n° 750/184 du 29 mai 1995.

136. Le choix entre ces deux voies, qui l'une et l'autre maintiennent l'action de la République du Burundi dans la licéité internationale, relève de la décision souveraine du Gouvernement burundais.

137. Si, dans les quatre mois à compter de la notification de la présente décision, la République du Burundi ne prenait ni l'une ni l'autre des mesures définies au paragraphe précédent, son comportement constituerait un acte internationalement illicite car contraire à la fois à l'obligation assumée par elle de s'abstenir envers les investisseurs belges de toute mesure ayant un effet similaire à une mesure privative ou restrictive de propriété et à l'obligation assumée par elle d'assurer aux investissements belges sur son territoire sécurité et protection constantes. Il incomberait alors aux parties de revenir devant le Tribunal en vue de la fixation du montant et des modalités de la réparation due par la République du Burundi aux requérants, étant précisé que le Tribunal n'entend pas se prononcer à ce stade de la procédure sur le bien-fondé de la référence, aux fins de l'évaluation de cette réparation, à quelque facteur que ce soit, tels la durée de vie, le rendement ou la rentabilité escomptés de l'entreprise créée par les requérants.

DEUXIÈME PARTIE
L'ACCORD DES PARTIES DU 23 DÉCEMBRE 1998

1. La décision du 2 septembre 1998 a été notifiée aux parties à cette même date.
2. Sur la base de cette décision, et en exécution de cette dernière, les parties ont signé le 23 décembre 1998 un Protocole d'accord relatif à une solution amiable du litige "Antoine Goetz et consorts contre la République du Burundi" (affaire CIRDI ARB 95/3) ainsi qu'une Convention spéciale relative au fonctionnement de la Société AFFIMET s.a., cette Convention faisant partie intégrante du Protocole aux termes de l'article 5 de ce dernier. Par l'article 4 du Protocole les parties sont convenues que "la Convention spéciale et le Protocole d'accord vont être coulés dans la décision arbitrale sous forme de sentence d'accord-partie". Conformément à ces dispositions, le texte du Protocole d'accord et de la Convention spéciale a été transmis au Tribunal arbitral par une lettre conjointe du Ministre de la Justice et Garde des Sceaux de la République du Burundi et du président du Conseil d'administration de la société AFFIMET, les signataires demandant au Tribunal de le "couler dans la décision finale du CIRDI sous forme d'accord-partie".
3. Le Protocole d'accord est rédigé comme suit :

PROTOCOLE D'ACCORD RELATIF A UNE SOLUTION AMIABLE
DU LITIGE "ANTOINE GOETZ ET CONSORTS CONTRE
REPUBLIQUE DU BURUNDI"

AFFAIRE CIRDI ARB 95/3.

ENTRE :

L'ETAT du Burundi, représenté par le Ministre de la Justice
et Garde des Sceaux, d'une part,

ET

La Société d'Affinage des Métaux, en sigle AFFIMET s.a.,
immatriculée au registre de commerce et des Sociétés de

Bujumbura sous le numéro 31872, ayant son siège social au n° 20 Boulevard de la Nation à Bujumbura, représentée par son président du Conseil d'administration, Monsieur Antoine GOETZ, ci-après dénommée "Société" d'autre part ;

IL EST CONVENU CE QUI SUIIT :

Article 1 : L'Etat s'engage inconditionnellement à rembourser un montant de Deux millions neuf cents quatre-vingt-neuf mille six cents trente-six dollars américains (USD 2.989.636) représentant les droits et taxes et autres redevances perçus par l'Etat sous forme de caution et payés par la Société durant les périodes du 20 août 1993 au 10 janvier 1994 et du 29 mai 1995 au 13 août 1996 conformément à la lettre n° 750/287/CM/93 du 09 juillet 1993 du Ministre du Commerce, de l'Industrie et du Tourisme, augmentés des intérêts commerciaux de 8% par an jusqu'au jour du paiement.

Article 2 : L'Etat signe avec la Société une Convention Spéciale approuvée par Décret.

Cette Convention sera ratifiée par le CIRDI dont la compétence sera prorogée en cas de litige dans son exécution.

Article 3 : Dès que les dispositions contenues dans le présent protocole d'accord auront été entièrement exécutées, la Société donnera décharge à l'Etat et renoncera à toute demande, action ou réclamation quelconque devant le CIRDI et les juridictions de la République du Burundi en raison de cette Convention et en rapport avec ce litige.

Article 4 : Les parties se conviennent que la Convention Spéciale et le Protocole d'accord vont être coulés dans la décision arbitrale sous forme de sentence d'accord-partie.

Article 5 : La Convention Spéciale relative au fonctionnement de la Société fait partie intégrante du présent protocole.

Article 6 : Les parties se conviennent de réserver la question des frais de procédure d'arbitrage au CIRDI, ce dernier devant la régler dans la sentence finale d'accord-partie.

Signé en ce jour du 23/12/1998.

POUR LA RÉPUBLIQUE
DU BURUNDI

POUR LA SOCIÉTÉ
AFFIMET s.a.

LE MINISTRE DE LA
JUSTICE
ET GARDE DES
SCEAUX

LE PRÉSIDENT DU
CONSEIL
D'ADMINISTRATION

/s/ Thérance SINUNGURUZA

/s/ Antoine GOETZ

4. La Convention spéciale relative au fonctionnement de la Société AFFIMET est rédigée comme suit :

**CONVENTION SPÉCIALE RELATIVE AU FONCTIONNEMENT
DE LA SOCIÉTÉ AFFIMET S.A.**

ENTRE :

L'ETAT du Burundi représenté par les Ministres ayant la Planification du Développement, les Finances, le Commerce et l'Industrie dans leurs attributions désignés aux termes des présentes par l'expression "ETAT" d'une part ;

ET

La Société d'Affinage des Métaux, en sigle AFFIMET s.a., immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Bujumbura sous le n° 31872, ayant son siège social au n° 20 Boulevard de la Nation à Bujumbura, représentée par son président du Conseil d'administration, Monsieur Antoine GOETZ, ci-après dénommée "Société", d'autre part,

Vu la Loi n° 01/005 du 14 janvier 1987 portant Code des Investissements du Burundi telle que modifiée à ce jour,

Vu le Décret-Loi n° 1/007 du 20 mars 1989 portant réglementation de l'accès, du séjour, de l'établissement des étrangers sur le territoire du Burundi et de leur éloignement, spécialement en ses articles 17, 18 et 19,

Vu le Décret-Loi n° 01/138 du 17 juillet 1976 portant Code Minier et Pétrolier de la République du Burundi,

Vu le Décret n° 100/130 du 14 décembre 1982 fixant les mesures d'exécution du Décret-Loi n° 01/138 du 17 juillet 1976,

Se référant à la Convention signée et ratifiée par l'Etat du Burundi avec l'Union économique belgo-luxembourgeoise concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements,

Considérant la volonté des deux parties de mettre fin, par un règlement à l'amiable, au litige qui les oppose à travers une Convention négociée, lequel litige est né de la suspension et du retrait à cette entreprise du certificat d'entreprise franche,

Considérant qu'à cet égard la Société AFFIMET s.a. remplit les conditions requises pour bénéficier du statut d'entreprise conventionnée, au regard du volume des investissements déjà réalisés (663.137.614 BIF) et ceux en cours de réalisation (336.862.386 BIF), de ses créations d'emplois permanents (100 emplois) et de sa contribution à l'amélioration de la balance des paiements,

Il a été convenu et arrêté ce qui suit :

TITRE I : DISPOSITIONS GENERALES.

Article 1 : L'Etat du Burundi et la Société AFFIMET s.a. reconnaissent avoir pris toutes les dispositions nécessaires pour garantir le respect de la présente Convention.

Article 2 : La Société AFFIMET s.a. est admise au bénéfice du régime des entreprises conventionnées au sens du titre VI de la Loi n° 1/005 du 14 Janvier 1987 portant Code des investissements telle que modifiée à ce jour.

Article 3 : La Société est autorisée à acheter sur le territoire national tous les minerais en transit contenant des matières précieuses et semi-précieuses. Ces minerais doivent faire [l']objet d'une simple déclaration à la Douane. Après transformation industrielle jusqu'à une teneur de 99,9 %, le produit fini est destiné à l'exportation totale sauf dérogation spéciale accordée par le Ministre ayant les Finances dans ses attributions.

TITRE II. GARANTIES GENERALES ET AVANTAGES PARTICULIERS

Article 4 : La Société bénéficiera, à partir de la date de signature de la présente Convention, des avantages contenus dans les dispositions suivantes :

1. L'exonération des droits et taxes perçus à l'importation :
 - a) Sur le matériel et les matériaux, machines et outillages nécessaires à la réalisation du programme d'Investissement permettant d'achever la construction et l'équipement de la bijouterie, ainsi que les machines et outillages, le matériel et les matériaux et autres pièces de rechange nécessaires pour le fonctionnement de la société. Cependant, chaque fois qu'il y a introduction d'un nouveau type de minerais, l'établissement d'une liste exhaustive des équipements et du matériel requis pour la nouvelle activité et d'un plan d'investissement est obligatoire.
 - b) Sur les matières premières et produits intermédiaires nécessaires à la production.
2. L'exonération totale d'impôts mobiliers et d'impôts fonciers.

3. L'exonération totale des impôts sur les bénéfices pendant les dix premières années. A partir de la onzième année et durant toute la vie de la Société, l'impôt sur les bénéfices est de 15 %.
4. Toutes les exportations opérées par la société dans le cadre de la présente Convention, sont exonérées de tous droits, taxes et redevances directs et indirects, actuels et futurs.
5. Toutes les dispositions relatives à la législation minière en vigueur ou futures, qui seraient en contradiction avec la présente Convention, ne sont pas applicables à la société.

TITRE III : ENGAGEMENTS DE LA SOCIETE.

Article 5 : La Société s'engage à :

- Procéder à la réalisation du programme des Investissements tel que prévu par l'Ordonnance Ministérielle n° 120/327 du 10/10/1991 portant classification des entreprises éligibles et fixation des critères à remplir pour bénéficier des avantages du Code des Investissements du Burundi et ce dans un délai de 24 mois à dater de la signature de la présente Convention.
- Créer des emplois permanents et atteindre un effectif de 100 unités avant la fin de la deuxième année à dater de la signature de la présente Convention.
- Favoriser l'emploi prioritaire de la main d'œuvre nationale, contribuer au développement de la formation professionnelle et technique et permettre l'accession du personnel national à tous les emplois en rapport avec ses capacités.

TITRE IV : ENGAGEMENTS DE L'ETAT.

Article 6 : L'ETAT garantit à la Société le maintien des dispositions légales relatives au respect de la propriété et au libre exercice de ses activités industrielles et commerciales ainsi que la libre disposition de ses biens corporels et incorporels.

Article 7 : La Société pourra faire appel à du personnel de son choix, national ou expatrié, conformément à la réglementation du Code du Travail du Burundi. Le personnel expatrié ne pourra être l'objet d'une discrimination de fait ou de droit sous réserve que sa présence ne trouble l'ordre public.

Article 8 : L'ETAT s'engage à ne pratiquer aucune mesure discriminatoire concernant l'entrée, le séjour, la circulation et l'emploi des membres de ce personnel expatrié et de leurs familles, la société se portant dans tous les cas garante du rapatriement dudit personnel.

TITRE V : GARANTIES ECONOMIQUES ET FINANCIERES.

Article 9 : La Société peut être titulaire d'un ou plusieurs comptes en monnaies étrangères dans les Banques Commerciales de son choix. Ces comptes ne sont alimentés qu'en monnaies étrangères provenant d'une source étrangère ou des comptes étrangers de la Société.

Article 10 : La Société peut exporter ou importer librement, sans licence ni quota et n'est pas soumise à l'inspection qualitative et quantitative ainsi qu'à la comparaison des prix effectuée par un organisme de contrôle et de surveillance avant embarquement, sauf à la demande de l'importateur étranger. Néanmoins, la Société doit se soumettre au contrôle de l'Administration douanière et celle de la Police de l'Air, des Frontières et des Etrangers, pour toutes ses importations et exportations.

Article 11 : La Société conserve le libre choix de ses fournisseurs étrangers, transitaires, transporteurs, banquiers, entrepreneurs et sous-traitants, quels qu'en soient la nationalité ou le statut juridique.

Article 12 : Les dispositions générales du code du Travail s'appliquent à la Société.

TITRE VI : DISPOSITIONS FINALES ET DIVERSES.

Article 13 : Les clauses de la présente Convention ne pourront être modifiées que par accord des deux parties. Toutefois, au cas où la Société ou l'ÉTAT ne respecterait pas leurs engagements réciproques, les deux parties attribuent la compétence de règlement au Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) sis à WASHINGTON qui recevra une copie de la présente Convention.

Article 14 : La présente Convention prend effet à partir de la décision arbitrale du Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) consacrant l'arrangement à l'amiable des deux parties et couvre une période de 10 ans renouvelable par tacite reconduction.

Fait à Bujumbura, le 23/12/1998

LE MINISTRE DE LA
PLANIFICATION DU
DÉVELOPPEMENT ET
DE LA RECONSTRUCTION

/s/ Léon NIMBONA

LE MINISTRE DU
COMMERCE, DE
L'INDUSTRIE ET DU
TOURISME

/s/ Nestor NYABENDA

LE MINISTRE DES
FINANCES

/s/ Astère GIRUKWIGOMBA

LE PRÉSIDENT DU
CONSEIL
D'ADMINISTRATION
DE LA SOCIÉTÉ
AFFIMET s.a.

/s/ Antoine GOETZ

5. Aux termes de l'article 43 du Règlement d'arbitrage du CIRDI,
 - (1) Si les parties, avant que la sentence ne soit rendue, sont d'accord pour régler le différend à l'amiable ou conviennent de mettre autrement fin à l'instance, le Tribunal... prend note de la fin de l'instance sur requête écrite des parties, par voie d'ordonnance.
 - (2) Si les parties déposent le texte complet et signé du règlement intervenu auprès du Secrétaire général et demandent par écrit au Tribunal de l'incorporer dans sa sentence, le Tribunal peut procéder à cette incorporation.
6. Conformément à ces dispositions, le Protocole d'accord du 23 décembre 1998 et la Convention spéciale de la même date, tous deux ci-dessus reproduits, sont incorporés à la présente sentence et sont réputés faire partie intégrante de cette dernière.
7. Par l'article 6 du Protocole d'accord les parties sont convenues de "réserver la question des frais de procédure d'arbitrage au CIRDI, ce dernier devant la régler dans la sentence finale d'accord-partie". Le Tribunal arbitral décide comme suit :
 - (a) Chaque partie supportera les frais qu'elle a engagés pour la défense de ses intérêts au cours de l'instance arbitrale.
 - (b) Les dépenses engagées par le CIRDI au titre de la procédure seront supportées par parts égales par les deux parties. La partie requérante ayant, selon l'information donnée au Tribunal par le secrétaire du Centre, versé la totalité des avances réclamées par le CIRDI au titre des dépenses engagées par ce dernier, le Gouvernement de la République du Burundi remboursera à la partie requérante la moitié de cette somme. Le secrétaire du Centre notifiera aux parties le montant exact de cette somme.
8. Aux termes de l'article 3 du Protocole d'accord, la société AFFIMET donnera décharge à l'Etat et renoncera à toute demande, action ou réclamation quelconque devant le CIRDI et les juridictions de la République du Burundi en raison de la Convention spéciale et en rapport avec le présent

litige “[d]ès que les dispositions contenues dans le présent Protocole d’accord auront été entièrement exécutées”. Les dispositions visées sont, d’une part, celle de l’article 1 du Protocole relative au paiement par le Gouvernement de la République du Burundi à la société AFFIMET d’une somme de USD 2.989.636 au titre de remboursement de divers droits et taxes et autres redevances, et, d’autre part, celle de l’article 6 du Protocole par lequel les parties s’engagent à se conformer à la décision du Tribunal relative aux frais du présent arbitrage. Le Tribunal décide ce qui suit :

- (a) Le remboursement de la somme visée à l’article 1 du Protocole sera effectué en douze versements de US 249.136,33, effectués chacun au plus tard le dernier jour de chaque mois, le premier versement étant effectué au plus tard le 31 mars 1999 et le dernier au plus tard le 29 février 2000. Il est loisible au Gouvernement de la République du Burundi d’accroître le montant d’un ou de plusieurs versements mensuels ou de verser le solde de sa dette à n’importe quel moment. Le premier versement, à effectuer avant le 31 mars 1999, sera exonéré de tout intérêt. Les versements ultérieurs supporteront un intérêt de 8% calculé à compter du 1er avril 1999.
- (b) Le remboursement par le Gouvernement de la République du Burundi à la société AFFIMET de la moitié des dépenses du CIRDI en application du paragraphe 7 (b) ci-dessus sera effectué dans le mois qui suivra la notification faite aux parties, par le secrétaire du Centre, du montant exact des dépenses engagées par le Centre ; en cas de retard, la somme due portera intérêt au taux de 8%.

Fait le 29 janvier 1999

Prosper Weil

Mohammed Bedjaoui

Jean-Denis Bredin