



INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION® | INTERNATIONAL CENTRE FOR ADR | LEADING DISPUTE RESOLUTION WORLDWIDE

SENTENCE

**INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC)
INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION**

33-43 avenue du Président Wilson, 75116 Paris, France

T +33 (0)1 49 53 29 05 F +33 (0)1 49 53 29 33

E arb@iccwbo.org www.iccarbitration.org

COUR INTERNATIONALE D'ARBITRAGE DE LA CCI

AFFAIRE No. 19515/MCP/DDA

CUSTOMS AND TAX CONSULTANCY LLC (CTC)

(Etats-Unis)

c/

REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO

(RDC)

Ce document est une copie certifiée conforme à l'original de la Sentence Partielle rendue conformément au Règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI.



SENTENCE PARTIELLE

Arbitrage CCI n° 19515/MCP

Entre :

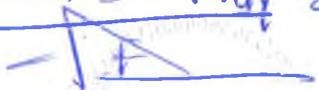
CUSTOMS AND TAX CONSULTANCY LLC (ETATS-UNIS)

Demanderesse

c/

REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO

Défenderesse

CERTIFIED TRUE COPY OF THE ORIGINAL
PARIS, 30 May 2018

Alexander G. FESSAS
Secretary General
ICC International Court of Arbitration



SOMMAIRE

Dramatis Personae	5
Liste des abréviations	6
LES PARTIES	7
LE TRIBUNAL ARBITRAL	8
CLAUSE D'ARBITRAGE ET DROIT APPLICABLE	10
PROCEDURE	11
FAITS	21
LES DEMANDES DES PARTIES	32
Les demandes de CTC :	32
Les demandes de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO :	33
DISCUSSION	35
I. LA NULLITE DU CONTRAT D'ASSISTANCE TECHNIQUE	35
A/ Arguments des Parties	35
1°) Arguments de la Défenderesse	35
(a) A titre principal : violation de l'ordre public et des normes légales régissant la passation des marchés publics	36
(b) A titre subsidiaire : les pratiques dolosives	40
2°) Arguments de la Demanderesse	42
B/ Le Tribunal arbitral	47
1°) Le non-respect des stipulations conventionnelles ou dispositions légales sur la passation des marchés publics	47
(a) L'ordre public	48
(b) Le droit français	51
(c) Le droit congolais	52
2°) Les manœuvres dolosives	53
(a) Les manœuvres dolosives par réficence	53
(b) Les manœuvres dolosives par tromperie	56
II. LA REVISION DU CONTRAT	62
A/ Arguments des Parties	62
1°) Arguments de la Défenderesse	62

2°) Arguments de la Demanderesse _____	63
B/ Le Tribunal _____	64
La réticence dolosive _____	64
III. L'EXECUTION DU CONTRAT _____	67
A/ Arguments des Parties _____	67
1°) Arguments de la Demanderesse _____	67
2°) Arguments de la Défenderesse _____	69
B/ Le Tribunal _____	70
1°) Les obligations financières de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO _____	70
2°) Les engagements autres que financiers de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO _____	76
L'engagement de l'Etat à faire usage de son autorité _____	76
3°) Les engagements de CTC _____	81
La langue des Experts _____	81
L'apport prétendument insignifiant de CTC dans la réforme du Code des douanes _____	82
L'absence d'augmentation immédiate et durable des recettes douanières _____	83
Autres manquements imputés à CTC _____	84
IV. EXAMEN DES DEMANDES AU REGARD DES CONCLUSIONS QUI PRECEDENT. _	86
A/ Les conséquences de la validité du Contrat en la forme et au fond _____	87
B/ Les conséquences des manquements contractuels _____	87
1°) Résiliation du Contrat _____	87
2°) Factures impayées _____	88
(a) La rémunération fixe _____	90
Calcul de la rémunération fixe _____	92
(b) La rémunération variable mensuelle _____	93
Position du Tribunal _____	95
Calcul de la rémunération variable _____	97
(c) Indemnité de mobilisation _____	103
Récapitulatif _____	103
3°) Indemnité de démobilisation _____	103
4°) Les intérêts sur les sommes dues _____	104
(a) Le champ d'application de l'article 9 des Conditions Financières. _____	105
(b) L'application de l'article L.441-3 C. com. _____	106
(c) L'application des articles 1152 alinéa 2 et 1231 du Code civil. _____	108
(d) L'application de l'art. L.313-5 du Code Monétaire et Financier. _____	111
(e) Point de départ des intérêts. _____	111



4

Bifurcation : gain manqué et perte d'une chance _____ 112

COUTS DE L'ARBITRAGE _____ **113**

DISPOSITIF _____ **115**

Sur les demandes de CTC _____ 115

Sur les demandes de la RDC : _____ 116

Dramatis Personae

BIDWELL J.	Actionnaire de CTC et ancien consultant de CROWN AGENTS
CROWN AGENTS	Société de droit anglais ayant participé aux réformes des douanes dans des Etats africains
MABUNDA-LIOKO J.	Ministre du Portefeuille de RDC, signataire du Contrat conclu avec CTC
MATENDA KYELU A.	Ministre des Finances de RDC, signataire du Contrat conclu avec CTC
MUZITO A.	Ministre du Budget de RDC, signataire du Contrat conclu avec CTC
OUTHWAITE	Actionnaire de CTC, ancien consultant de CROWN AGENTS, dirigeant la réorganisation du système des douanes et accises de la RDC
RUGWIZA D.	Administrateur-Général Délégué de l'OFIDA devenue la DGDA
YAGHI	Actionnaire majoritaire de CTC avec son épouse

Liste des abréviations

Art.	Article
CCI	Chambre de Commerce Internationale
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International.
CPC	Code de procédure civile français
CTC	<i>Customs and Tax Consultancy</i> , société de droit du Delaware, constituée en 2008.
DGDA	Direction Générale des Droits et Accises, service public dépendant du Ministère des Finances.
FMI	Fonds Monétaire International.
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economiques.
OFIDA	Office des Douanes et Accises, établissement public sous tutelle du Ministre des Finances de la RDC.
PRMD	Programme de Réforme et Modernisation Douanière.
RDC	REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO.



LES PARTIES

1. Les parties à l'arbitrage sont les suivantes :

Demanderesse :

CUSTOMS AND TAX CONSULTANCY LLC, Corporation Trust Center,
1209, Orange Street, Wilmington, Delaware, 19081, Etats-Unis (CTC).
Ci-après dénommée "CUSTOMS", "CTC" ou "la Demanderesse".

Représentée par :

Jean-Christophe HONLET

Ioana PETCULESCU

Augustin BARRIER

DENTONS

5, boulevard Malesherbes

75008 – Paris

France

Tel : + 33 1 42 68 48 00

Fax : + 33 1 42 68 15 45

Courriels :

jeanchristophe.honlet@dentons.com ioana.petculescu@dentons.com

augustin.barrier@dentons.com

Cette Société a été constituée au Delaware, en janvier 2008, aux fins du Contrat avec la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, par M. et Mme YAGHI (80 %), M. OUTHWAITE (13,5 %) et M. BIDWELL (6,5 %).

Défenderesse :

REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, c/o Monsieur le Ministre des Finances,
boulevard du 30 juin, Gombe, Kinshasa, REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO
(REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO).

Ci-après dénommée "REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO", ou "la Défenderesse".

Représentée par :

Nicolas ANGELET

Aimery de SCHOUTHEETE

LIEDEKERKE WOLTERS WAELBROECK KIRKPATRICK

boulevard de l'Empereur, 3 Keizerslaan 1000 Bruxelles

Belgique

Tel: +32 2 551 14 72

Fax : + 32 2 551 14 54

Courriels:

a.deschouthete@liedekerke.com

n.angelet@liedekerke.com

La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO agit par son Ministre des Finances.

LE TRIBUNAL ARBITRAL

2. Le Tribunal Arbitral est ainsi constitué :

Bernard HANOTIAU
HANOTIAU & VAN DEN BERG
IT Tower (9th Floor)
480, avenue Louise B9
1050 Bruxelles
Belgique
Tel : +32 2 290 39 00
Fax : +32 2 290 39 39
Courriel : bernard.hanotiau@hvdb.com
Arbitre désigné par la Demanderesse.

Catherine KESSEDJIAN
19, villa Seurat
Boîte/Porte B
75014 - Paris
France
Tel : + 33 1 43 20 07 75
Fax : + 33 1 43 20 09 13
Courriel : CKarbitre@outlook.fr
Arbitre désigné par la Défenderesse.

Les arbitres précités ont été confirmés par la Cour internationale d'arbitrage de la CCI le 23 janvier 2014, suite à leur nomination par les Parties, conformément à l'Article 13 (1) du Règlement d'arbitrage du 1^{er} janvier 2012 (ci-après " le Règlement ").

La Cour internationale d'arbitrage de la CCI a nommé directement, le 23 janvier 2014, le Professeur Ibrahim FADLALLAH, en qualité de Président du Tribunal arbitral, en vertu de l'article 13 (4) du Règlement.

Président :

Ibrahim FADLALLAH

61, rue la Boétie

75008 - Paris

France

Tel : + 33 1 40 76 00 40

Fax : + 33 1 40 76 02 50

Courriel : ibrahim.fadlallah@wanadoo.fr

3. Le Conseiller à la CCI en charge du dossier est :

Mme Marie-Camille PITTON

Conseiller

Mme Diamana Diawara

Conseiller adjoint

Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI

33-43, avenue du Président Wilson

75116 - Paris,

France

Tel : +33 1 49 53 29 51 / +33 1 49 53 29 28

Fax : +33 1 49 53 57 75

Courriel : ica2@iccwbo.org

CLAUSE D'ARBITRAGE ET DROIT APPLICABLE

4. Le Tribunal arbitral est saisi d'un litige né à la suite de la résiliation d'un Contrat d'Assistance Technique conclu le 5 juin 2008 entre la Société CUSTOMS AND TAX CONSULTANCY LLC et la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO. Ce contrat avait pour but la "*maximisation des recettes fiscales et douanières de l'Etat*" par la restructuration de l'OFFICE des DOUANES et ACCISES (OFIDA) en vue d'une plus grande efficacité dans le recouvrement des recettes douanières.

L'article 24 du Contrat d'Assistance Technique stipule, sous le titre "*Règlement des litiges*" :

"Tout litige pouvant naître de la formation, de l'exécution, de l'interprétation ou de la résiliation du présent Contrat sera réglé en priorité à l'amiable par voie de négociations directes entre les deux Parties contractantes.

Si après l'expiration d'un délai de trois (3) mois à compter de la date de la notification d'un litige par une partie à l'autre partie, les deux parties contractantes n'ont pas trouvé un accord pour régler le différend qui les oppose, celui-ci sera alors soumis par la partie la plus diligente à l'arbitrage d'un Tribunal arbitral constitué conformément au Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI). Le Tribunal arbitral comprendra trois arbitres nommés conformément à ce Règlement. Le siège de l'arbitrage sera Paris et la langue de l'arbitrage sera le français. Les parties se conformeront à toute sentence arbitrale et, à ce titre, l'Etat renonce expressément à toute immunité de quelque nature que ce soit."

L'article 23 prévoit que :

"Le présent contrat, la signification et l'interprétation de ses termes et dispositions, et les relations s'établissant entre les Parties seront régis par le droit français."

PROCEDURE

5. Le présent arbitrage est né d'un différend relatif à un Contrat d'Assistance Technique, en date du 5 juin 2008, signé par les Parties.

6. Par demande fondée sur l'article 24 du Contrat d'Assistance Technique du 5 juin 2008, CTC a introduit une procédure d'arbitrage en date du 31 mai 2013 à l'encontre de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO.

7. Le Secrétariat a transmis à la Défenderesse la demande d'arbitrage (avec les pièces C-1 à C-35) le 10 juin 2013 et lui a accordé un délai de 30 jours afin de soumettre sa réponse (art. 5 (1) du Règlement).

8. Par lettre du 15 juillet 2013, la Demanderesse, a constaté que la Défenderesse n'a ni répondu à la notification de la demande d'arbitrage qui lui avait été adressée par le Secrétariat le 31 mai 2013, ni désigné un arbitre. Par application des articles 5 (1), 5 (2) et 12 (4) du Règlement, il a demandé la nomination par la Cour d'un arbitre pour la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO.

9. Le Secrétariat a transmis la lettre de la Demanderesse à la Défenderesse le 25 juillet 2013 et lui a rappelé qu'à défaut de nomination d'un arbitre de sa part, au plus tard le 1^{er} août 2013, la Cour procéderait à la désignation du Tribunal arbitral, en vertu de l'article 12 (4) du Règlement.

10. Par lettre du 8 octobre 2013, la société CUSTOMS AND TAX CONSULTANCY LLC a désigné M. le Professeur Bernard HANOTIAU en qualité de co-arbitre.

11. Par lettre du 28 novembre 2013, Mes Aimery de SCHOUTHEETE et Nicolas ANGELET, du Cabinet LIEDEKERKE WOLTERS WAELBROECK KIRKPATRICK, ont informé le Secrétariat qu'ils avaient été chargés par la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO d'assurer la défense de ses intérêts dans le cadre de la procédure d'arbitrage initiée par la société CUSTOMS AND TAX CONSULTANCY LLC.

12. Le Secrétariat a transmis, le 29 novembre 2013, aux Conseils de la Défenderesse, une copie du dossier en sa possession et aux Conseils de la Demanderesse, le 3 décembre 2013, la correspondance des Conseils de la Défenderesse.

13. Par lettre du 20 décembre 2013, la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO a désigné Mme le Professeur Catherine KESSEDJIAN en qualité de co-arbitre.

14. Par lettre du 3 janvier 2014, la Demanderesse a exprimé toutes réserves « *non sur la personne de Mme le Professeur Catherine KESSEDJIAN* », mais sur la procédure de constitution du Tribunal qu'elle considérait méconnue par la Défenderesse qui n'avait ni désigné un arbitre dans le délai imparti, ni déposé de réponse à la demande d'arbitrage. Elle s'est donc opposée à la confirmation de Mme le Professeur Catherine KESSEDJIAN et a demandé à la Cour de bien vouloir composer le Tribunal en sa totalité. Elle a réitéré les mêmes objections dans une lettre du 17 janvier 2014, consécutive à la réception des déclarations et du *Curriculum Vitae* de Mme le Professeur Kessedjian et demandé à la Cour de respecter l'égalité de traitement des Parties quant à la constitution du Tribunal arbitral et à l'application du Règlement.

15. La Cour internationale d'arbitrage a confirmé la nomination des deux arbitres et désigné M. le Professeur FADLALLAH à la présidence du Tribunal arbitral lors de sa session du 23 janvier 2014. Le dossier relatif à cet arbitrage a été transmis par le Secrétariat aux membres du Tribunal arbitral le 23 janvier 2014, date de nomination du Président.

16. Le Président du Tribunal arbitral a adressé aux Parties une lettre en date du 24 janvier 2014, leur demandant de faire parvenir au Tribunal un exposé sommaire de leurs prétentions et demandes en vue de la préparation de l'Acte de Mission.

17. Le 5 février 2014, les Parties ont transmis au Tribunal arbitral un exposé sommaire de leurs prétentions et demandes.

18. Un projet d'Acte de mission, comportant les prétentions et demandes des Parties, ainsi qu'un projet d'Ordonnance de procédure n° 1 ont été transmis aux Parties le 14 février 2014.

19. Les Parties ont transmis leurs observations sur le projet d'Acte de mission le 21 février 2014. Elles n'en ont exprimé aucune sur l'Ordonnance de Procédure n° 1. Un projet d'Acte de mission révisé a été transmis aux Parties le 25 février 2014.

20. L'Acte de mission, soumis au Règlement de 2012, finalisé après accord des Parties, a été mis en circulation et signé par les Parties et le Tribunal arbitral. Il est daté du 5 mars 2014. Une copie en a été transmise au Secrétariat de la CCI qui l'a communiquée à la Cour internationale d'arbitrage de la CCI le jour-même.

21. L'Ordonnance de Procédure n° 1, qui règle l'organisation de la procédure arbitrale, a été transmise le 5 mars 2014.

22. Maître Christine BAUDE TEXIDOR a été désignée, le 7 mars 2014, Secrétaire du Tribunal arbitral par l'Ordonnance de Procédure n° 2.

23. Par lettres des 11 et 12 mars 2014, les Parties ont transmis au Tribunal un projet de calendrier procédural sur lequel elles se sont accordées. Ce calendrier ne prévoyait pas de période spécifique de production de documents. Les Parties n'ont cependant pas exclu la possibilité de solliciter une telle production après le premier échange de

mémoires, sans perturber le bon déroulement de la procédure et sans s'engager sur le caractère limité, ou non, d'une telle demande.

24. Le Tribunal a transmis aux Parties, le 13 mars 2014, un projet de calendrier procédural tenant compte de l'accord des Parties. Il a bien noté l'éventualité d'une demande de production de pièces, de préférence après le premier échange de mémoires et sans retarder la procédure.

25. Par lettre du 19 mars 2014, la Demanderesse a réclamé la bifurcation de la procédure pour réserver à une deuxième phase l'examen du *quantum* des droits invoqués par elle au titre du gain manqué ou de la perte de chance et celui de la demande reconventionnelle de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO. La Demanderesse justifie sa requête par la difficulté qu'elle rencontre à récupérer les documents relatifs au Contrat du 5 juin 2008, retenus en REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, et par le souci d'éviter des frais inutiles.

26. La Défenderesse a répondu, le 19 mars 2014, que la demande de bifurcation ne soulevait pas d'objection particulière de sa part, mais qu'il serait plus cohérent et de nature à mieux atteindre les objectifs d'économie procédurale visés, de trancher dans une première phase de la procédure, les seules questions de principe et d'examiner dans une seconde phase toutes les questions de *quantum* en ce compris le *quantum* des factures réputées impayées.

27. Le même jour, la Demanderesse s'est opposée à cette dernière suggestion car elle était en mesure d'apporter la preuve du *quantum* de ses demandes dans son premier mémoire. Dès lors, en application des règles énoncées aux articles 22(1) du Règlement et 1464 al. 3 CPC, rien ne justifiait de retarder une décision sur les factures impayées et les intérêts moratoires y afférents.

28. Une conférence téléphonique s'est tenue entre les parties et le Tribunal arbitral le 20 mars 2014, à 14h, pour arrêter le calendrier procédural et discuter de la demande de

bifurcation. Les échanges ont montré que CTC s'opposait fermement à un report de la décision sur les factures impayées et que la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, sans insister sur la demande de bifurcation, en laissait la décision au Tribunal. Toutefois, selon la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, si la bifurcation avait lieu, elle devait consister à séparer les questions de principe de toutes les questions de *quantum*.

29. L'Ordonnance de Procédure n° 3, en date du 20 mars 2014, a fixé le calendrier de la procédure et réservé la question de la bifurcation.

30. Par l'Ordonnance de Procédure n° 4, en date du 21 mars 2014, le Tribunal s'est prononcé sur la demande de bifurcation. Compte tenu du désaccord des Parties, et sans avoir à statuer sur la légitimité des motifs invoqués par la Demanderesse, le Tribunal a estimé qu'il y avait lieu de laisser à une seconde phase la décision sur le *quantum* du gain manqué ou de la perte de chance. En revanche, il a décidé que le montant des factures pouvait et devait être examiné dès la première phase, sauf à vider celle-ci de sa principale consistance pratique.

31. Par cette même Ordonnance, le Tribunal a laissé le choix à la Défenderesse de traiter dans la première phase de la procédure ou dans une phase ultérieure le *quantum* de la demande reconventionnelle, ce choix devant être indiqué au Tribunal au plus tard le 14 avril 2014.

32. Le 7 avril 2014, la Demanderesse a transmis son Mémoire en demande accompagné des déclarations des témoins Roger YAGHI et Christophe OUTHWAITE (CT-1 et CT-2), ainsi que des pièces factuelles et juridiques.

33. Par lettre du 14 avril 2014, la Défenderesse a informé le Tribunal arbitral de sa décision de traiter le *quantum* de la demande reconventionnelle dans la seconde phase de l'arbitrage.

34. Par Ordonnance de procédure n° 5, en date du 15 avril 2014, le Tribunal a pris note que le *quantum* de la demande reconventionnelle serait traité, le cas échéant, dans la seconde phase de la procédure.

35. Le 6 juin 2014, la Défenderesse a transmis son Mémoire en défense, accompagné d'annexes factuelles et juridiques et de l'opinion de M. Mathias AUDIT.

36. Le 8 août 2014, la Demanderesse a transmis son Mémoire en réplique, accompagné de ses annexes et de la seconde déclaration de M. Christopher OUTHWAITE. Elle a transmis, le 1^{er} septembre 2014, une version électronique intégrale de la pièce C-8, qui était parvenue tronquée à la Défenderesse.

37. Le 8 octobre 2014, la Défenderesse a transmis son Mémoire en duplique et récapitulatif, ainsi que de nouvelles pièces.

38. Le 15 octobre 2014, la Défenderesse a adressé au Tribunal une lettre précisant qu'elle n'estimait pas utile de demander l'audition des trois témoins dont elle avait produit les déclarations, ni celle des deux actionnaires de CTC ayant déposé par écrit.

39. Quelques heures plus tard, la Demanderesse a indiqué, à son tour, ses souhaits sur l'audience à venir. Elle a protesté contre l'envoi au stade avancé du Mémoire en duplique, des trois attestations de témoins présentés par l'Etat congolais, des nombreux moyens nouveaux de droit et de fait du Mémoire en duplique et des 123 nouvelles pièces qui l'accompagnaient. La Demanderesse a considéré que cette pratique ne lui laissait pas la possibilité d'exercer la contradiction en sorte que l'égalité des armes et la loyauté procédurale étaient méconnues. En conséquence, CTC a demandé le rejet des trois attestations de témoins de l'Etat et le rejet des moyens nouveaux de droit et de fait.

A titre subsidiaire, si le Tribunal ne faisait pas droit à cette requête, la Demanderesse sollicitait :

- de pouvoir répondre aux moyens de fait en cours d'audience et d'être autorisée, à cette fin, à produire les pièces C-83 à C-89 préalablement à l'audience ;
 - d'aborder à l'audience les modalités par lesquelles CTC pourrait répondre aux moyens de droit soulevés par la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO ;
 - enfin, s'agissant des témoins de CTC, celle-ci a demandé que M. YAGHI puisse faire une courte déclaration en début d'audience et que M. OUTHWAITE puisse être interrogé en direct par le Conseil de la Demanderesse, le Conseil de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO contre-interrogeant le témoin s'il le désirait ;
- S'agissant des témoins de l'Etat, CTC a demandé à entendre M. RUGWIZA à l'audience.

40. Conformément à l'Ordonnance de procédure n° 3, les parties ont annexé à leurs lettres du 15 octobre 2014 la liste récapitulative de leurs demandes.

41. Par lettre du 17 octobre 2014, la Défenderesse a contesté avoir soulevé des moyens de fait ou de droit nouveaux dans son Mémoire en duplique. Elle a déclaré s'être contentée de répondre aux arguments de la Demanderesse et d'avoir développé et étoffé ses arguments antérieurs. Selon elle, il ne pourrait donc être fait droit à la demande de CTC de rejeter un quelconque moyen. Elle a également réfuté le grief de tardiveté des déclarations produites par la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO et a souligné que les pièces supplémentaires dont l'ajout lui a été reproché étaient, pour plus des deux-tiers, juridiques, et non factuelles. Selon elle, il n'y aurait donc pas lieu de faire droit à la demande de dépôt de nouvelles pièces de CTC. Enfin, la Défenderesse s'est opposée au fait que M. YAGHI et M. OUTHWAITE soient entendus sur des éléments nouveaux extérieurs à leur témoignage écrit, ce qui serait contraire à l'Ordonnance de procédure n° 1.

42. Par lettre du même jour, la Demanderesse a affirmé que M. YAGHI ne lirait pas de déclaration, ni ne ferait état de faits nouveaux. En ce qui concerne M. OUTHWAITE, le court examen devrait porter sur les faits nouveaux invoqués par la REPUBLIQUE



DEMOCRATIQUE DU CONGO. Sinon, il devrait être contre-examiné, ce que les Conseils de la Défenderesse ne souhaitaient pas faire. Par ailleurs, elle a repoussé la proposition de plaidoiries après audience auxquelles elle a préféré des "*opening statements*".

43. Par Ordonnance de procédure n° 6, en date du 18 octobre 2014, le Tribunal arbitral a autorisé la communication des pièces C-83 à C-89, qui devait être immédiate en vue d'assurer la plus grande efficacité de l'audience des 27 - 29 octobre 2014. La recevabilité de ces pièces a néanmoins été réservée, ainsi que le droit de réponse de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO. L'audition de MM. YAGHI et OUTHWAITE a été autorisée sous forme d'une interrogation en direct de 20 minutes dans le cadre de leurs déclarations écrites avec possibilité de contre-interrogatoire de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO. Le Tribunal a ordonné l'audition de M. RUGWIZA avec possibilité d'un interrogatoire en direct par la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO pendant 20 minutes environ, puis contre-interrogatoire par CTC, toujours dans le cadre de la déclaration écrite du témoin. Enfin, le Tribunal a décidé que l'audience fixée au 27 octobre 2014 commencerait par l'audition de MM. YAGHI, OUTHWAITE, puis RUGWIZA, et se poursuivrait par les plaidoiries des Parties. La suite de la procédure serait évoquée en fin d'audience.

44. Par cette même ordonnance, le Tribunal a décidé que les plaidoiries aborderaient les questions procédurales qui y sont réservées. Pour le reste, les Parties seraient libres du contenu de leurs plaidoiries. Celles-ci auraient lieu en deux temps, les Parties pouvant répliquer et dupliquer dans un second tour. Chaque Partie disposerait de trois heures en tout, qu'elle répartirait comme elle l'entendrait. Le Tribunal pourrait poser des questions à tout moment. L'audience durerait au maximum trois jours.

45. Par lettre du 21 octobre 2014, la Défenderesse a annoncé au Tribunal que l'état de santé de M. RUGWIZA l'empêchait de se déplacer pour son audition, le 27 octobre 2014, et qu'elle examinait la possibilité de l'auditionner par vidéoconférence. Elle a produit un certificat médical.



46. Par une lettre du 23 octobre 2014, la Défenderesse a annoncé au Tribunal avoir pris les mesures nécessaires afin de permettre l'audition de M. RUGWIZA par vidéoconférence depuis la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, où il se trouve.

47. La Demanderesse a, par lettre du 23 octobre 2014, mis en cause la crédibilité du certificat médical transmis par M. RUGWIZA, laissant le Tribunal seul juge de cette crédibilité. Elle a indiqué ne pas se satisfaire d'un contre examen par vidéo-conférence. Elle a donc pris acte de l'absence de M. RUGWIZA à l'audience et l'a déplorée. CTC a demandé au Tribunal si, dans l'hypothèse où M. RUGWIZA serait auditionné, l'ordonnance de procédure n° 6 l'autorisait à l'interroger sur les documents versés à la procédure, mais non visés dans son témoignage écrit car aucun de ces documents ne l'était.

48. Le Tribunal arbitral a ordonné, par lettre du 23 octobre 2014, l'audition de M. RUGWIZA par vidéo-conférence. Il a décidé que le contre-interrogatoire de M. RUGWIZA ne serait pas limité aux documents cités dans son attestation écrite et pourrait porter sur toute la matière se rattachant à sa déclaration écrite. Il a également ordonné l'audition de MM. YAGHI et OUTHWAITE.

49. Par lettre du 23 octobre 2014, la Demanderesse a pris note des instructions du Tribunal et a demandé que M. RUGWIZA dispose d'un jeu complet d'écritures et de pièces produites par les Parties.

50. Par lettre du 23 octobre 2014, et en application de l'Ordonnance de procédure n° 6, la Demanderesse a produit les pièces C-83 à C-89. Leur recevabilité a été admise par la Défenderesse à l'audience des 27 et 28 octobre suivants.

51. Par lettre du 24 octobre 2014, la Défenderesse a exprimé la volonté de contre-interroger MM. YAGHI et OUTHWAITE, témoins de la Demanderesse et a pris note que l'audition de M. RUGWIZA se tiendrait le 27 octobre à 14h30.



52. Une audience d'audition de témoins et de plaidoiries s'est tenue les 27 et 28 octobre 2014 au ICC *Hearing Center* de Paris. Elle a donné lieu à un transcript (ci-après le "Transcript") et à la signature de feuilles de présence. Le Tribunal a entendu successivement MM. YAGHI, OUTHWAITE et RUGWIZA. Puis, il a entendu les plaidoiries des Parties et posé des questions. Les Parties qui ont contradictoirement débattu à l'audience n'ont pas jugé utile d'échanger des mémoires post-audience. Le Tribunal a décidé qu'aucune pièce, ni écriture ne pouvait plus être produite par les Parties, sauf à la demande du Tribunal, à l'exception des Mémoires sur frais.

53. Les Parties ont transmis leur Mémoires sur frais et coûts le 24 novembre et le 3 décembre 2014.

54. Le Tribunal a clôturé formellement les débats par l'Ordonnance de procédure n° 7 en date du 23 janvier 2015.

55. Le délai pour rendre la sentence finale (article 30 (1) du Règlement) a été fixé au 30 janvier 2015 par la Cour internationale d'arbitrage de la CCI lors de sa session du 5 juin 2014. Par décisions du 22 janvier 2015, du 9 avril 2015, du 21 mai 2015 et du 11 juin 2015, la Cour a prorogé ce délai jusqu'au 30 avril 2015, 29 mai 2015, 30 juin 2015, enfin 31 juillet 2015.

FAITS

56. Les faits exposés ci-dessous sont relatés dans la seule mesure utile à la compréhension des demandes et prétentions des parties. Ils seront complétés en cours de discussion.

57. L'Office des douanes et accises (OFIDA) a été créé par l'Ordonnance de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO n° 79-114 du 15 mai 1979 sous forme d'"établissement public à caractère administratif, économique et financier, doté de la personnalité juridique" (RL-5). Selon l'article 4, l'Office a pour mission de :

- percevoir les droits, taxes et redevances à caractère douanier et fiscal ;
- percevoir les droits d'accises présents et à venir ;
- surveiller les frontières ;
- rechercher et constater les infractions en matière de douanes et accises et infractions aux législations connexes ;
- former le personnel aux techniques modernes de gestion dans le domaine des douanes et accises.

Outre les dispositions spécifiques de l'ordonnance du 15 mai 1979, l'OFIDA est régi par la loi 78-002 du 6 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux entreprises publiques (RL-6). En vertu de l'article 3 de cette loi, l'OFIDA jouit d'une "autonomie de gestion, sous la tutelle des autorités supérieures", c'est-à-dire du Ministre des Finances ainsi que le précise l'article 25 de l'Ordonnance du 15 mai 1979.

Sous l'égide du Fonds Monétaire International (FMI), l'OFIDA a entamé en 2003 un programme de Réforme et Modernisation Douanière (PRMD).

Dans le cadre de ce programme, deux contrats ont été conclus par l'OFIDA avec des sociétés étrangères. En novembre 2005, un contrat a été signé avec la société de droit néerlandais BIVAC pour la vérification avant embarquement des marchandises importées en REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO. Puis, en août 2006, l'OFIDA et la société AUFS, société de droit sud-africain, ont conclu un contrat par lequel cette

dernière s'engageait à mettre en œuvre un système intégré et à fournir un équipement informatique de télécommunication et de surveillance électronique.

Du 29 avril au 11 mai 2007, l'Organisation Mondiale des Douanes (OMD) a procédé à une mission de diagnostic dans le cadre du Programme Colombus. Cette mission faisait suite à la demande de l'OFIDA de mettre en œuvre le Cadre de Normes adopté en 2005 et destiné à renforcer les capacités de l'administration des douanes à sécuriser la circulation des marchandises dans le commerce international et à favoriser les échanges mondiaux (C-5). Les travaux de l'équipe de l'OMD en REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO ont été coordonnés avec ceux des représentants du FMI rencontrés sur place. Le FMI a établi, en novembre 2007, un rapport sur l'évolution des divers secteurs économiques de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, incluant les douanes (C-6). La réforme des douanes y a été jugée insuffisante.

58. A une date non précisée, et à la demande de l'Etat, une offre de services a été faite par la société britannique CROWN AGENTS, spécialiste de l'organisation douanière, pour assister la réforme des douanes congolaises. Cette offre a été refusée par la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO le 16 octobre 2007.

59. M. YAGHI, de nationalité libanaise, résidant alors en REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO "*partenaire de l'Etat congolais dans plusieurs domaines, surtout le domaine financier*" et Directeur d'une banque dans laquelle l'Etat avait une participation, (transcript, p. 6, l. 24-26) a pris l'initiative d'entrer en contact avec M. John BIDWELL, ancien consultant de CROWN AGENTS. Celui-ci l'a dirigé vers M. Christopher OUTHWAITE, l'artisan des réformes douanières menées en Angola et au Mozambique par CROWN AGENTS.

Le 26 novembre 2007, une première rencontre entre M. YAGHI, M. OUTHWAITE et le Ministre des Finances de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO s'est déroulée à Paris. Le Ministre des Finances a demandé à M. OUTHWAITE de préparer un projet de modernisation (CT-1, CT-2).



Dans cette perspective, M. et Mme YAGHI, M. OUTHWAITE et M. BIDWELL ont constitué dans l'Etat du Delaware la société CUSTOMS AND CONSULTANCY LLC (USA), le 25 janvier 2008. Le capital était ainsi réparti :

- M. YAGHI : 40 %
- Mme YAGHI : 40 %
- M. OUTHWAITE : 13,5 %
- M. BIDWELL : 6,5 %

60. CTC a adressé au Ministre des Finances une première offre de service le 18 février 2008. Cette proposition déclarait être "*basée sur les standards internationalement reconnus pour la gestion et le fonctionnement d'une administration douanière moderne*" (C-7). Elle précisait les trois objectifs poursuivis par le Ministre des Finances :

- une augmentation immédiate et durable des recettes douanières ;
- la constitution d'une administration des douanes moderne et efficiente, satisfaisant les critères observés sur le plan international ;
- l'institution d'un dispositif réglementaire propre et efficace, capable de favoriser l'activité commerciale, promouvoir l'investissement et sauvegarder les intérêts de l'Etat et de la population.

L'offre de service explicitait les moyens par lesquels CTC envisageait de remplir ces objectifs. Elle abordait, enfin, les obligations de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO : implication des autorités de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO pour assurer la sécurité des personnes et des biens ; rémunération des services rendus et exemption de tous impôts, taxes, droits de douane, et autres pour CTC et son personnel.

61. Par lettre du 1^{er} avril 2008, le Ministre des Finances a invité CTC à envoyer dans les meilleurs délais une mission de ses experts en vue d'un échange avec les experts de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO sur l'offre de services adressée par CTC (C-41). Copie de cette lettre a été adressée par le Ministre à l'Administrateur-Délégué

général de l'OFIDA. Le 3 mai 2008, le Ministre lui a adressé une lettre de rappel par laquelle il :

"demand[ait] de recevoir la délégation de [CTC] pour examiner au plan technique les conditions et modalités pratiques de la mise en œuvre du projet envisagé, et de [lui] faire rapport (C 42)."

Le 19 mai 2008, CTC a adressé une offre révisée au Ministre des Finances avec copie au Président de la République. La lettre d'accompagnement soulignait que le nombre d'experts à déployer passait de 42 à 63. En effet, le projet ne couvrait initialement que le Kinshasa, le Bas-Congo et le Katanga. Le projet révisé devait s'appliquer aussi aux trois autres provinces : le Nord et le Sud-Kivu et la Province Orientale, comme l'avait souhaité le Président (C-11).

62. Pendant ce temps, les services de l'Etat avaient rédigé un projet de Contrat d'Assistance Technique daté du 18 mai 2008 (C-43). Ce projet a été amendé. Il a notamment été scindé en deux documents : le "*contrat d'Assistance Technique*" et les "*Conditions financières relatives au contrat d'Assistance Technique*" déclarées faire partie intégrante du Contrat d'Assistance Technique.

Ces deux actes ont été signés le 5 juin 2008. Les Ministres du Budget, du Portefeuille et des Finances ont tous trois signé "*pour l'Etat et en son nom*". M. Christopher OUTHWAITE a signé "*pour le Consultant CTC*". Le Contrat d'Assistance Technique porte, en première page, la mention "*confidentiel*".

Le contrat conclu par la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO et CTC sera plus amplement détaillé lorsque le requerra la discussion. A ce stade, il suffit d'en indiquer les stipulations essentielles à la compréhension du litige.

63. La durée du Contrat est fixée à cinq ans à compter de la date de la signature. La durée peut être prolongée sur décision des deux parties (art. 4.2).

64. Les obligations du Consultant, CTC, sont ainsi définies :

"13.1 Mettre en place une équipe d'experts internationaux chevronnés ayant une longue expérience dans le domaine de la réforme et la modernisation des administrations douanières, afin de réaliser le projet proposé dans son Offre de Service. Le nombre de ces experts est provisoirement calculé à 63 unités et sera déployé selon le "Calendrier de Déploiement" repris dans l'Offre de Service du Consultant. Il pourra être augmenté ou diminué selon les besoins du Projet, et à n'importe quel moment. Le Consultant transmettra à l'OFIDA, pour information, la liste de tous ses recrutés et contractuels.

13.2. Obtenir une augmentation immédiate et durable des recettes douanières dans le cadre des activités de l'OFIDA. A cet effet, elle :

1°) apportera un soutien direct, par le canal de ses experts, aux opérations de l'OFIDA sur le terrain ; 2°) examinera attentivement les marchandises exportées et importées ; 3°) effectuera un audit post-dédouanement ; et 4°) luttera efficacement contre la fraude douanière au moyen de l'enquête et du renseignement.

13.3. Faire de l'OFIDA une administration des douanes moderne, efficace et conforme aux standards les plus élevés en vigueur sur le plan international, tels que définis par l'organisation mondiale des douanes (OMD).

13.4. Proposer un cadre législatif et réglementaire adapté et souple susceptible de favoriser les échanges commerciaux internationaux et assurant en même temps la protection des intérêts de l'Etat et de la population." (Article 13)

L'article 5 précise que :

"Le Consultant commencera l'exécution des Prestations suivant le calendrier ci-dessous :

a) Immédiatement après la signature du présent Contrat : début de l'installation en REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, mobilisation des experts, recrutement des employés locaux, et conclusion des accords avec les sous-traitants ;

b) Dans les trente (30) jours suivant la signature du présent Contrat : établissement des contacts officiels avec l'OFIDA et ses partenaires (OCC, BIVAC, AUFS, etc.), et contacts avec la Fédération des Entreprises du Congo, et les différentes Associations des Agences en Douane en REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO ;

c) Soixante (60) jours après la signature du présent Contrat : lancement progressif des prestations liées au projet selon le "Calendrier de Déploiement" inclus dans l'Offre de Service du Consultant."



Pour exécuter ses obligations, le Consultant et son personnel se voient reconnaître "*l'autorité nécessaire et le pouvoir*" :

"15.1 De gérer l'OFIDA conjointement avec les autorités désignées par l'Etat, d'intervenir directement et à tout moment là où il existe une menace de fraude douanière et de faire détenir les personnes ou les marchandises dans les cas flagrants de fraude.

15.2. D'accéder à, d'examiner, de contrôler et de vérifier, selon le cas :

15.2.1. les installations, le personnel et les documents et archives de l'OFIDA, de l'OCC, de l'Ogefrem et de l'ONATRA ;

15.2.2. les installations, le personnel et les documents et archives des services étatiques et des administrations publiques autorisés à opérer et travailler aux postes frontaliers ;

15.2.3. les installations, le personnel et les documents et archives des agences en douane opérant en REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO ;

15.2.4. le programme d'inspection avant expédition, y compris l'accès libre à tous les rapports rendus par le fournisseur de l'inspection avant expédition, et de manière informatisée, si tel est le cas ;

15.2.5. les rapports de tous les départements gouvernementaux participant à la régulation des opérations commerciales (import/export).

15.3. De pénétrer et de contrôler les établissements commerciaux et industriels, entrepôts et autres, de vérifier et d'examiner les comptes et autres documents découverts, de contrôler physiquement la propriété et les biens et de les enlever si les preuves existent de fraude fiscale ou si toute autre activité frauduleuse est suspectée." (Article 15)

Enfin, le Consultant doit rendre compte de son activité :

"Le Consultant adressera au Ministre des Finances et du Portefeuille des rapports périodiques d'activités à la fin de chaque trimestre.

Copies de ces rapports seront transmises parallèlement aux Cabinets du Président de la République et du Premier Ministre." (Article 16)

65. Les obligations de l'Etat sont ainsi détaillées :

"14.1. Accepter les recommandations du Consultant et les mettre en exécution ;

14.2. S'interdire de prendre toute décision administrative ou autre susceptible d'aller à l'encontre des objectifs du Projet.

14.3. Instruire les dirigeants de l'OFIDA et ses partenaires (OCC, BIVAC, AUFS, Ogefrem et ONATRA) d'apporter au Consultant et à ses experts une collaboration franche et étroite afin d'assurer la réussite totale du Projet.

14.4. Faire modifier et changer toutes les règles administratives et opérationnelles de l'OFIDA et de ses partenaires (OCC, BIVAC, AUFS,

Ogefrem et OTRA) susceptibles de constituer un obstacle à la réussite du Projet.

14.5. Instruire l'OFIDA d'appliquer toute demande qui lui sera adressée par le Consultant en matière de gestion des ressources humaines, y compris les mouvements du personnel, dans le respect des lois et règlements en vigueur régissant l'OFIDA.

14.6. Pourvoir des mesures de sécurité et de protection adéquates pour les membres du personnel du Consultant, leurs épouses (ou conjoint(e) de fait), leurs enfants et leurs biens, à tout moment pendant leur séjour en REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO ou toute autre lieu prévu aux termes du présent Contrat. L'Etat tiendra le Consultant informé par écrit des mesures de sécurité et de protection qui sont mises en place, et permettra au Consultant et à ses experts d'inspecter et d'évaluer ces mesures, et d'exiger, s'il échet, leur amélioration ou modification.

14.7. Mettre à la disposition du personnel du Consultant des espaces suffisants et adéquats pour l'exercice de leurs fonctions au sein des bâtiments de l'OFIDA partout en REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, et l'utilisation gratuite des équipements de télécopies, photocopieuses, téléphones, mobiliers de bureau, ordinateurs et accès à Internet. En plus, l'Etat s'assurera que l'OFIDA offrira également les logements pour les tournées douanières sur les frontières et dans les parties isolées du pays.

14.8 Affecter au Projet, à titre permanent, un Haut Magistrat du Parquet Général de la République chargé de collaborer avec le Consultant dans la répression de la fraude douanière et la corruption.

14.9. Payer les rémunérations et honoraires dus au Consultant à termes échus, promptement et sans retard quelconque." (Article 14)

66. Les stipulations d'ordre financier sont réparties entre le Contrat d'Assistance Technique et les Conditions Financières relatives au Contrat d'Assistance Technique. Sans entrer dans le détail des stipulations, on observe que le Contrat engage l'Etat à payer au Consultant :

1. dès la signature du contrat un montant forfaitaire de 7.500.000 USD destiné à couvrir les frais de mobilisation, d'installation et de mise en chantier du projet (article 18.1 du Contrat d'Assistance Technique) ;
2. une rémunération mensuelle forfaitaire de 500.000 USD augmentée de 32.000 USD pour chaque consultant ou expert recruté et déployé (article 5.1 des Conditions Financières relatives au Contrat d'Assistance Technique) ;
3. des honoraires mensuels variables calculés sur les tranches des augmentations réalisées effectivement sur les recettes douanières, tels que



fixés à l'article 6 des Conditions Financières relatives au Contrat d'Assistance Technique.

L'article 3 de ces Conditions Financières stipulait cependant qu'*"aucun paiement ne ser[ait] dû au Consultant avant que celui-ci n'ait réalisé ses premiers résultats par l'augmentation des recettes douanières d'au moins 25 % par rapport à la moyenne mensuelle de recettes douanières réalisées actuellement par l'OFIDA (...)"*.

Enfin, l'Etat s'engageait à mettre en place des procédures simplifiées et automatiques de paiement mensuel (art. 17 du Contrat d'Assistance Technique et art. 8.2 des Conditions Financières).

L'Etat s'engageait, en outre, à exempter CTC, ses sous-traitants et leur personnel expatrié, de tous impôts et taxes (art. 21 du Contrat d'Assistance Technique).

Le Contrat d'Assistance Technique précise les conditions et effets de la force majeure (art. 7) et de la résiliation du Contrat par l'Etat et par le Consultant (art. 8 et 9).

Enfin, le droit applicable au Contrat est le droit français (art. 23 du Contrat d'Assistance Technique).

67. Le 29 août 2008, le Conseil des Ministres de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO s'est réuni. Selon le compte-rendu du porte-parole du gouvernement :

"Le Gouvernement a pris acte de l'Accord de Partenariat conclu entre la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO et la société américaine CUSTOMS and CONSULTANCY, CTC en sigle, sur le renforcement des capacités de l'OFIDA. La société CTC présente l'avantage de n'exiger un premier versement au titre de participation du Gouvernement à l'implantation du projet qu'après avoir réalisé une augmentation



des recettes douanières de 25 % par rapport au seuil actuel. Il en est de même des rémunérations et honoraires qui ne lui seront versés qu'après qu'elle ait enregistré des résultats positifs." (C 45)

Une conférence de presse tenue le 30 août 2008 par les trois ministres signataires a rendu public le Contrat dont le gouvernement avait pris acte la veille (C-45).

68. L'exécution du Contrat d'Assistance Technique a débuté par le déploiement progressif d'experts et consultants. Fin juillet 2008, 19 d'entre eux étaient en poste, puis 31 fin août 2008 et 45 fin septembre 2008 (C-23). La situation provisoire des recettes de l'OFIDA, comptabilisées au compte du Trésor pour le mois de septembre 2008, établit que les recettes étaient supérieures de 18 % aux prévisions (C-23). Le 30 novembre 2008, 56 des 63 experts et consultants prévus par le Contrat étaient sur place. Le déploiement de nouveaux consultants a été ensuite suspendu dans l'attente du paiement par l'Etat des services rendus, toujours impayés.

69. Fin décembre 2008, M. OUTHWAITE a adressé au Président de la République une lettre énumérant les manquements de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO à ses engagements. CTC faisait notamment état des défauts de paiement qui s'accumulaient et de l'obstruction de membres de l'OFIDA à la réforme en cours (C-10).

Une réunion a été organisée entre CTC et les plus hautes autorités de l'Etat le 12 janvier 2009 pour débattre de ces sujets (C-28).

Le 19 janvier 2009, CTC a adressé au Président de la République et au Premier Ministre une lettre faisant état du paiement de 2.500.000 USD seulement sur les 7.500.000 USD que l'Etat devait payer pour les frais de mobilisation, d'installation et de mise en chantier. A cela s'ajoutait le non-paiement de factures à hauteur de 24.902.471 USD. Cette situation, selon CTC, obérait ses relations avec les banquiers qui refusaient de continuer à financer le projet, et notamment les salaires, après le 31 janvier 2009 (C-15).

Dans sa lettre du 4 février 2009, résumant la "*réunion sur l'arrangement financier*", M. OUTHWAITE a rappelé au Ministre des Finances les manquements de l'Etat à ses engagements financiers. Il a notamment affirmé que "*CTC n'est pas prêt à envisager de nouvelles négociations, ni prêt à faire d'autre concessions jusqu'à ce que le Gouvernement fasse des propositions sérieuses en vue de payer les arriérés de l'argent qui nous sont dus. Toutefois, si le Gouvernement souhaite faire une contre-proposition, évidemment nous l'étudierons*" (C-29).

Quelques jours plus tard, le 9 février 2009, le Cabinet du Président de la République, sous la plume de son Directeur, demandait au Premier Ministre de "*faire le point avec le consultant CTC sur les paiements qui lui sont dus à ce jour de par les clauses du contrat avant d'établir un échéancier réaliste pour les sommes restant dues*" (C-28).

Le 11 mars 2009, CTC a précisé au Premier Ministre avec copie au Ministre des Finances, que les impayés au 31 janvier 2009 s'élevaient à la somme de 36.822.688 USD (C-30, al. 2).

70. Lors d'une réunion organisée à la demande du Ministre des Finances, le 6 avril 2009, CTC a fait part de son intention de mettre fin au Contrat pour non-paiement des services. Le Ministre a demandé à M. OUTHWAITE de reporter cette décision le temps de résoudre le problème de paiement. Le Ministre promettait de procéder à un premier paiement immédiat de 3 millions USD, suivi d'un paiement additionnel compris entre 10 et 15 millions USD avant la fin du mois d'avril (relaté dans C-30). Aucun paiement n'est intervenu. Par lettre du 13 mai 2009, CTC a annoncé au Ministre des Finances, avec copie au Président de la République, sa décision de résilier le Contrat et de démobiliser ses consultants.

A la demande du Président de la République, CTC a reporté sa décision et suspendu la démobilisation. Une nouvelle réunion s'est tenue au Ministère des Finances le 4 juin 2009. Le lendemain, le Directeur de Cabinet de la Présidence de la République a adressé au Premier Ministre une lettre déplorant que les instructions du Président de la République n'aient pas été exécutées. Il réitérait donc les instructions précédemment données "*ceci pour éviter au Gouvernement un procès à l'issue duquel [l'Etat] serait certainement condamné*" (C-2). Le premier Ministre a réaffirmé sa "*détermination pour l'exécution des engagements pris par le Gouvernement*" (C-31).

Le 4 juin 2009, sous la présidence du Directeur de Cabinet du Ministère des Finances, CTC a négocié un avenant qu'elle a qualifié de "*compromis significatif*." En échange de la mise en place d'une procédure de paiement sécurisé, CTC a accepté d'élever le seuil des rémunérations variables de l'équivalent de 45.000.000 USD à 52.000.000 USD et de supprimer les coûts fixes stipulés à l'article 5.1 des Conditions Financières. Le 27 novembre 2009, ce compromis n'était toujours pas signé. CTC en a tiré les conséquences et a déclaré que, faute de solution financière adéquate et immédiate, elle n'était plus en mesure de remplir ses obligations et devrait, par conséquent, cesser ses activités (C-32).

71. Le 15 janvier 2010, CTC a adressé au Ministre des Finances, avec copie au Président de la République et au Premier Ministre, une lettre confirmant que "*la résiliation du Contrat conclu avec l'Etat congolais, notifiée le 13 mai 2009, est désormais pleinement effective et, ce, entièrement aux torts et préjudices de l'Etat*".

CTC indiquait qu'elle ferait valoir ses droits conformément au Contrat et qu'à toutes fins utiles, la présente lettre constituait notification d'un litige au sens de l'article 24 du Contrat (C-35).

LES DEMANDES DES PARTIES

Les demandes de CTC :

- (a) *"Dire et juger que la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO a contrevenu à ses obligations envers la société CTC aux termes du Contrat ;*
- (b) *Constater la résiliation du Contrat aux torts de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO ;*
- (c) *Condamner la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO à payer à la société CTC une somme qui ne saurait être inférieure à 184,978,547 USD, sauf à parfaire, au titre des impayés de factures en principal ;*
- (d) *Condamner la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO à payer à la société CTC l'indemnité de démobilisation et de rapatriement de son personnel de 3,750,000 USD en application de l'article 9 du Contrat ;*
- (e) *Condamner la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO à payer à la société CTC tous dommages et intérêts au titre du gain manqué par CTC jusqu'à la date d'expiration normale du Contrat, le 5 juin 2013 et en tout état de cause au titre de la perte de chance à ce titre ;*
- (f) *Condamner la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO à payer à la société CTC tous dommages et intérêts au titre de la perte de chance de renouvellement du Contrat postérieurement au 5 juin 2013 ;*
- (g) *Condamner la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO à payer à la société CTC tous autres dommages et intérêts correspondant à tous autres préjudices causés par son fait qui seraient le cas échéant démontrés ;*
- (h) *Condamner la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO à payer tous intérêts applicables, notamment tous intérêts moratoires sur toute créance échue, devant être calculés conformément au Contrat ;*

- (i) *Dire et juger que tous intérêts seront capitalisés conformément au Contrat et suivant les modalités que le Tribunal jugera applicables ;*
- (j) *Fixer le montant des intérêts échus à la date de la sentence partielle d'une part, puis finale d'autre part ;*
- (k) *Condamner la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO à payer à la société CTC les frais intégraux de l'arbitrage, y compris tous honoraires d'avocats et autres frais encourus par la société CTC ;*
- (l) *Fixer d'ores et déjà dans la sentence partielle les frais correspondant à la première phase de l'arbitrage ;*
- (m) *Accorder à la société CTC toute autre forme de réparation que le Tribunal jugerait appropriée ;*
- (n) *Rejeter toutes défenses, demandes et prétentions de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO."*

Les demandes de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO :

- *"A titre principal, qu'il dise pour droit que le Contrat est nul et, par conséquent,*
 - *Qu'il rejette intégralement comme non fondées les demandes de la Demanderesse ; et*
 - *A titre reconventionnel, aux fins de remettre la République Démocratique du Congo dans la situation qui aurait été la sienne si le Contrat n'avait jamais existé, qu'il condamne la Demanderesse à payer à la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO un montant de 28.567.181,28 USD ou, subsidiairement, un montant de 2.171.339,41 USD ;*
 - *Ou, plus subsidiairement, qu'il condamne la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO à payer à CTC un montant maximal de 8.743.659,44 USD ;*
- *A titre subsidiaire, qu'il prononce la révision du Contrat et, par conséquent,*

- *Qu'il rejette intégralement comme non fondées les demandes de la Demanderesse ; et*
 - *A titre reconventionnel, qu'il condamne la Demanderesse à payer à la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO un montant de 28.567.181,28 USD ou, subsidiairement, un montant de 2.171.339,41 USD ;*
 - *Ou, plus subsidiairement, qu'il condamne la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO à payer à CTC un montant maximal de 8.743.659,44 USD ;*
- *A titre plus subsidiaire :*
- *qu'il dise pour droit que la Demanderesse n'a pas exécuté ses obligations contractuelles et, par conséquent, qu'il rejette intégralement ses demandes comme non fondées ; et*
 - *qu'il dise pour droit que la Demanderesse n'est pas fondée à obtenir d'indemnité au titre de perte d'une chance ;*
- *A titre infiniment subsidiaire, qu'il réduise le taux d'intérêts moratoire au taux légal français en ce qui concerne les demandes non fondées sur des factures et au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne majoré de 10 points de pourcentage en ce qui concerne les demandes fondées sur des factures ou, subsidiairement, qu'il réduise le taux d'intérêts moratoire en ce qui concerne toutes les demandes au taux LIBOR USD à 6 mois, majoré de 2% ;*
- *En toute hypothèse, qu'il condamne la Demanderesse à supporter la charge de tous les frais afférents au présent arbitrage, en ce compris les frais exposés par la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO pour sa défense, le tout à majorer des intérêts au taux LIBOR USD à 6 mois, majoré de 2%."*

DISCUSSION

72. Le Tribunal est d'abord saisi d'une demande et de prétentions mettant en cause le Contrat lui-même. A ce titre, il recherchera si le Contrat est affecté d'une cause de nullité (I). Dans la négative, le Tribunal se prononcera sur l'existence d'une cause de révision du Contrat (II).

Le Tribunal est ensuite saisi de demandes relatives à l'exécution du Contrat, les parties s'accusant mutuellement d'avoir manqué à leurs engagements (III). Le Tribunal tirera, enfin, les conséquences des conclusions auxquelles il sera parvenu en statuant sur les demandes des parties qui ne font pas l'objet de la procédure de bifurcation (IV).

I. LA NULLITE DU CONTRAT D'ASSISTANCE TECHNIQUE

A/ Arguments des Parties

1°) Arguments de la Défenderesse

73. L'argumentation de la Défenderesse s'articule ainsi :

A titre principal, le Contrat est nul (a) :

- pour violation de textes qui s'imposaient aux parties au titre de :
 - l'ordre public transnational ;
 - l'ordre public français ;
 - la loi de police congolaise ;

- pour absence de consentement valable de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO selon les lois congolaise et française.

Subsidiairement, les manœuvres dolosives auxquelles s'est livrée CTC rendent le Contrat nul ou paralysent une condamnation de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO au paiement des sommes réclamées (b).

(a) A titre principal : violation de l'ordre public et des normes légales régissant la passation des marchés publics

74. En fait, la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO observe d'abord que le Contrat d'Assistance Technique a été conclu de gré à gré, sans appel d'offres international, contrairement à la procédure suivie pour la conclusion des contrats passés par l'OFIDA avec BIVAC et AUFS.

Le préambule du Contrat mentionne que "le Gouvernement a entrepris des consultations avec diverses sociétés spécialisées dans la réforme des administrations douanières et fiscales et a fini par retenir l'offre de service présentée par le consultant (Customs and Tax Consultancy) (...)". Cependant, seule a été préalablement consultée la société CROWN AGENTS, ce qui ne suffit pas à assurer une véritable mise en concurrence. Selon la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, il existait d'autres sociétés que CROWN AGENTS disposant des compétences requises pour assister un Etat dans sa quête de modernisation du système douanier. La consultation d'internet a ainsi permis à la Défenderesse de découvrir trois sociétés susceptibles de fournir les prestations recherchées par l'Etat congolais.

75. La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO souligne que la première offre de services présentée par CTC au Ministre des Finances remonte au 18 février 2008 mais que c'est par lettre du 3 mai suivant que le Ministre des Finances a informé

l'Administrateur Délégué Général de l'OFIDA qu'il avait reçu une offre de services de CTC qu'il n'a pas communiquée. Le Ministre s'est contenté de demander à l'OFIDA "[d'] examiner au plan technique les conditions et modalités pratiques de mise en œuvre du projet envisagé" (R-7).

76. Contrairement au témoignage de M. OUTHWAITE (Transcript, p. 36 et suiv.), aucune réunion de travail n'a cependant eu lieu entre les représentants de CTC et les agents de l'OFIDA dans la semaine du 12 mai 2008, soutient l'Administrateur Délégué Général de l'OFIDA. Il déclare avoir été mis en possession de la seule "offre révisée" de CTC. Encore celle-ci était-elle amputée des conditions financières qui n'étaient pas intégrées dans le document intitulé "Contrat d'Assistance Technique". Un groupe de travail constitué par l'Administrateur Délégué Général de l'OFIDA a établi un rapport sur l'offre révisée de CTC. Celui-ci a recommandé, notamment, "un processus transparent et ouvert d'appel d'offres pour le recrutement de la société" (R-47). Les suggestions du rapport des agents de l'OFIDA n'ont pas été retenues.

77. Dans la continuation de son exposé des faits, la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO s'attache ensuite à démontrer que le Contrat contient un certain nombre de clauses "problématiques" :

- conditions financières exorbitantes, notamment par la sous-évaluation des recettes douanières antérieures au Contrat constituant la référence à partir de laquelle se calculerait le seuil de majoration de la rémunération ;
- indemnité de démobilisation ;
- exemptions fiscales ;
- paiement de CTC pendant six mois en cas d'inactivité due à la force majeure ;
- absence de Comité d'évaluation, remplacé par la rédaction de rapports périodiques ;
- redondance des prestations de CTC et des contrats déjà conclus et en cours d'exécution.

78. La Défenderesse met en doute la réalité des interventions que CTC prêterait au Président de la République dans les modifications de l'offre de CTC. Elle y voit l'intervention du Directeur de Cabinet de la Présidence qui était sans qualité pour une telle décision.

79. Au vu de ces faits, la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO considère que le Contrat d'Assistance Technique est juridiquement nul.

D'abord, le Contrat viole l'ordre public transnational en ce qu'il a été conclu sans publicité, ni appel général à la concurrence. Pour l'établir, la Défenderesse s'appuie sur un certain nombre de sentences arbitrales internationales (Mémoire récapitulatif n° 348-355), sur la Convention des Nations Unies sur la corruption, adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 31 octobre 2003 (RL-18 ; RL-19). La lutte contre la corruption comprend l'obligation pour les Etats de veiller à ce que la passation des marchés publics s'effectue dans le respect d'un certain nombre d'exigences de publicité, de transparence et de concurrence loyale. L'OCDE a, elle aussi, souligné que *"les marchés publics sont l'activité du gouvernement la plus vulnérable au gaspillage, à la fraude et à la corruption en raison de l'importance des enjeux financiers"*. L'Ordre public transnational est ainsi violé par la conclusion du Contrat de gré à gré.

La législation congolaise sur les marchés publics est, elle aussi, violée. L'Ordonnance n° 69-054 du 5 décembre 1969 relative aux marchés publics (RL-2), applicable lors de la conclusion du Contrat, dispose que les marchés de fournitures et de services conclus au nom de la République *"sont passés par adjudication publique"* avec *"appel général à la concurrence"*. L'article 40 de l'ordonnance n° 69-279 du 5 décembre 1969 dispose que *la décision de recourir au marché de gré à gré doit être motivée par l'administration et prise après avis du Conseil des adjudications"* (RL-3).

Le Contrat conclu entre la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO et CTC ne se classe dans aucune des exceptions à la règle de l'appel à concurrence prévues à l'article 4 de



l'ordonnance précitée. Le marché conclu de gré à gré exigeait donc le recours à la procédure définie dans l'ordonnance n° 69-279. Or, ce n'est pas le cas.

80. Subsidiairement à la violation de l'ordre public transnational, la Défenderesse fait valoir que le Contrat viole l'ordre public français, ce qui constitue une cause supplémentaire de nullité du Contrat d'Assistance Technique au regard de l'article 6 du Code civil français applicable aux termes du Contrat.

En effet, la France a ratifié la Convention des Nations Unies contre la corruption le 11 juillet 2005. Outre cette Convention, la France a ratifié la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg le 27 janvier 1999, après autorisation du Parlement par la loi du 11 février 2005 (RL-30 ; RL-28). La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO voit, dans ce texte, une confirmation que "*le lien entre procédure de passation des marchés publics et corruption est établi*". Conformément à la jurisprudence française, la nullité implique que les parties soient remises dans l'état où elles se seraient trouvées si le contrat n'avait jamais existé. Lorsque, cependant, en vertu du contrat déclaré nul, une partie a bénéficié d'une prestation, elle doit indemniser l'autre partie. Cette indemnisation suppose que la partie qui y a droit soit de bonne foi. Ce n'est pas le cas lorsqu'elle a favorisé la conclusion du contrat par des manœuvres dolosives, reproche que la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO adresse précisément à CTC en l'espèce (*infra*, n° 119 et suiv.).

81. Plus subsidiairement encore, la nullité du Contrat résulte de la violation de la législation congolaise sur les marchés publics résultant des ordonnances n° 69-054 et 69-279 du 5 décembre 1969 considérées comme lois de police. Celles-ci se caractérisent ainsi : "*lois qui doivent être appliquées (...) dès que la réalisation du but qu'elles poursuivent le postule, même si la règle de conflit ne les désigne pas*" selon la définition qu'en donnent les Professeurs Mayer et Heuzé (RL-38). Les ordonnances congolaises répondent à cette définition. L'application des lois de police étrangères est admise dans l'arbitrage où, par définition, les lois de police sont toujours étrangères au for du Tribunal arbitral.

82. La nullité serait encore encourue car le consentement au Contrat n'aurait pas été donné conformément à l'article 12 du Décret congolais du 12 mars 2002 (RL-7), ni au droit administratif français.

(b) A titre subsidiaire : les pratiques dolosives

83. Subsidiairement à la nullité fondée sur la méconnaissance de l'ordre public et des lois de police, la Défenderesse expose que la nullité est encore encourue du fait des manœuvres dolosives de CTC. Les manœuvres dolosives sont constituées non seulement de machinations et artifices, mais encore de la simple réticence ou de l'absence d'informations du cocontractant en situation d'infériorité relativement au contrat à conclure (RL-61).

Il y avait en effet *"inégalité manifeste entre les deux parties, qui a été aggravée par la circonstance que (...) l'OFIDA n'a pas été consulté et n'a pas participé aux négociations avec CTC"*.

84. A ce dol par réticence, s'ajoute la tromperie relative au choix des paramètres de calcul du seuil prévu à l'article 3 des Conditions Financières. Le seuil, augmenté de pourcentages définis, commandait le début des paiements et le droit à des honoraires variables s'ajoutant aux rémunérations fixes.

La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO soutient que c'est CTC qui a proposé de fixer le seuil à la moyenne des revenus mensuels collectés durant l'année fiscale 2007, ce que démontre l'offre de services du 18 février 2008. les paramètres retenus ont permis de fixer le seuil à 45.000.000 USD, *"seuil déjà atteint et même largement dépassé"* à la signature du Contrat. En effet, les recettes de l'OFIDA ont sensiblement augmenté au cours de l'année 2007 : 36.480.000 USD en janvier 2007 et 56.720.000 USD en décembre

2007. La hausse s'est confirmée entre janvier et avril 2008 : 52.902.000 USD en moyenne mensuelle (R-20). En outre, la moyenne mensuelle se calculant sur une année, il aurait été logique que l'honoraire variable se calcule sur un an et non mois par mois.

La Défenderesse admet, cependant, que la moyenne mensuelle de revenus pour 2007 était bien de 45.000.000 USD. La tromperie consiste à avoir choisi cette référence qui était déjà dépassée et assurait à CTC le paiement d'honoraires variables.

85. La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO soutient encore que les chiffres des recettes douanières de l'OFIDA étaient connus lors de la signature du Contrat pour avoir été transmis régulièrement au Ministère des Finances et qu'ils pouvaient, en outre, être consultés dans la loi de finances (R-53 à R-59 et R-61).

86. Enfin, la Défenderesse souligne que CTC ne nie pas que le seuil contractuel était déjà dépassé lors de la signature du Contrat. Elle soutient que CTC le savait : une lettre relative à l'augmentation des recettes en novembre 2008 par rapport à l'année précédente établit que CTC connaissait les recettes de 2007 (R-46).

87. Le caractère déterminant des manœuvres dolosives "*se déduit à suffisance du caractère redondant et outrageusement déséquilibré du Contrat dont on aperçoit immédiatement qu'une partie dûment informée ne l'aurait jamais conclu*", déclare la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO. Les conditions de l'annulation pour dol sont donc réunies pour justifier l'annulation.

2°) Arguments de la Demanderesse

88. En réponse aux arguments relatifs à la nullité du Contrat, faute d'appel d'offres, la Demanderesse indique, tout d'abord, que l'ordre public transnational n'a pas été violé eu égard à la consultation préalable de CROWN AGENTS.

89. Elle conteste que l'ordre public transnational ou international ait été méconnu du fait de la prétendue violation de la législation congolaise sur les marchés publics. Le raisonnement fondé sur l'adoption de la Convention des Nations Unies contre la corruption est faux en ce qu'il confond les moyens mis à disposition des Etats et la fin, c'est-à-dire la lutte contre la corruption qui, seule, relève de l'ordre public transnational. Qualifier ainsi les moyens, c'est hisser toutes les règles techniques au rang de règles essentielles et présumer la corruption. *Mutatis mutandis* le même raisonnement s'applique aux Principes de la Convention de l'OCDE et à la loi-type de la CNUDCI (RL-21 ; RL-25).

Pour appuyer sa démonstration, CTC se réfère à la sentence *African Holding Company of Africa Inc. et Sté Africaine de Construction au Congo SARL c/ la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO* (Aff. CIRDI, n° ARB (05/21)) dans laquelle le Tribunal arbitral a jugé que la simple violation du droit interne congolais sur les marchés publics ne suffisait pas à caractériser la corruption.

90. La Demanderesse conteste, ensuite, la violation de l'ordre public français. L'adhésion de la France à la Convention des Nations Unies sur la Corruption ne modifie en rien la distinction entre la fin et les moyens.

En outre, la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO affirme à tort que la ratification des Traités et Conventions, et leur publication au Journal Officiel, "*en fait une norme applicable dans l'ordre juridique français*". Il convient, en

effet, de distinguer les Conventions directement invocables par les particuliers et créatrices de droits à leur égard des Conventions dépourvues d'effet direct à leur égard. Les tribunaux les qualifient en considération des termes du Traité ou de la Convention.

91. Or, en l'espèce, CTC et la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO sont dans une relation "*entre particuliers*" puisque cette dernière n'agit pas en tant qu'Etat souverain mais en tant que cocontractant. CTC relève que la Convention des Nations Unies sur la corruption déclare que "*chaque Partie prend les mesures nécessaires*", ce qui relève de la fixation d'un objectif que l'Etat doit atteindre.

92. Enfin, CTC fait observer que la Défenderesse cite à tort l'article 6 du Code civil français qui concerne la cause et l'objet du contrat et non pas les conditions dans lesquelles il a été conclu.

93. La Demanderesse conteste encore la qualification de loi de police de la législation interne de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO sur les marchés publics. Pour se prévaloir d'une loi de police de son propre for, l'Etat devrait démontrer en quoi l'application stricte de la législation congolaise sur les marchés publics aurait abouti à une situation plus favorable pour le contribuable. L'Etat ne démontre pas que quiconque ait demandé l'annulation du Contrat qui avait pourtant été rendu public.

94. De plus, l'application de la loi congolaise comme loi de police aboutirait à une injustice dans la mesure où, en violant ses obligations, l'Etat aurait bénéficié des services de CTC en ne déboursant presque rien. La Demanderesse rappelle que la loi de police peut être écartée lorsque son application aurait des conséquences excessives. Elle considère que c'est d'autant plus le cas en l'espèce que l'Etat avait la double casquette de législateur et de partie au Contrat.



95. En tout état de cause, CTC sollicite du Tribunal arbitral qu'il écarte les demandes de l'Etat formulées en contrariété avec les principes de bonne foi des contrats et de l'estoppel.

96. En réponse à l'argument de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO selon lequel le Contrat serait nul en la forme, faute pour les Ministres signataires d'avoir soumis le Contrat aux délibérations du Conseil des Ministres et du Président de la République pour avis préalable et de solliciter l'avis du Conseil des adjudications, CTC fait valoir qu'il n'a pas été soutenu que les Ministres signataires n'avaient pas la capacité d'engager l'Etat. Ils avaient cette capacité selon l'article 53 du décret du 12 mars 2002 (RL-7). Aucune poursuite n'a d'ailleurs été engagée à leur encontre. La présentation du Contrat en Conseil des Ministres n'a soulevé aucune objection. CTC en déduit qu'on ne saura probablement jamais si, et dans quelle mesure, les formalités internes à l'Etat ont été remplies. De plus, la discussion en Conseil des Ministres, dont le contenu a été rendu public, confirme la légitimité de la croyance de CTC en la conformité du Contrat aux exigences légales par le respect des formalités.

97. Sur la question voisine de la procédure interne d'autorisation de signature au nom de l'Etat qui résulterait de l'article 11 du Décret congolais (RL-7), CTC soutient que le droit congolais n'est pas applicable en tant que contrat d'Etat soustrait en tant que tel à l'ordre juridique congolais même pour le consentement. C'est le droit français qui est applicable ; si le Tribunal estimait que la question du consentement de l'Etat relevait du droit congolais, alors il y aurait lieu de considérer que cette procédure, purement interne à l'Etat, n'avait aucune raison d'être connue d'elle. En substance, le décret n'a d'ailleurs pas été transgressé car la volonté des personnes concernées de donner un avis favorable au Contrat ou de le conclure est manifeste. Quant à la délibération du Conseil des Ministres, le décret invoqué n'exige pas qu'elle soit préalable à la signature. Enfin, la lecture du Décret prévoit, pour seule sanction de la méconnaissance des exigences de l'article 11, la responsabilité devant le Président de la République de la gestion des Ministres concernés (Transcript, p. 138 et suiv.).



98. Le consentement n'est pas davantage soumis au droit administratif français. Celui-ci n'a pas vocation à s'appliquer en présence d'une personne morale de droit public étrangère. CTC cite, à cet égard, la sentence arbitrale CCI 8016/CK, dans l'affaire *Eurotunnel c/ SNCF et Britishrail*. Ainsi, selon elle, la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO n'a pas démontré que la clause d'élection de droit français embrassait le droit administratif.

99. Sur cette question, comme sur l'ensemble des arguments soulevés, CTC souligne l'opportunité et le manquement à la bonne foi de l'Etat qui fonde tardivement sa prétention à la nullité du Contrat sur une prétendue violation, par lui-même, de sa loi nationale. L'Etat se contredit ainsi au détriment d'autrui.

100. Enfin, la Demanderesse conteste l'allégation de nullité du Contrat en raison de prétendues manœuvres dolosives qui auraient surpris l'Etat. Elle conteste tout d'abord l'infériorité alléguée de l'Etat face à CTC. L'Etat se contredit d'ailleurs en déclarant tout à la fois que "*CTC ne disposait d'aucune expérience dans la modernisation des douanes lors de la signature du Contrat*" (Mémoire en réponse, § 16) et en affirmant, par ailleurs, que sa qualité de "*professionnel faisait peser sur CTC une obligation de prudence, d'information et de renseignements*" (Mémoire en réponse, § 215). Il y a donc contradiction au détriment de CTC. Celle-ci relève, par ailleurs, qu'en droit international public, nul n'est moins "*profane*" que le souverain lui-même.

101. De plus, le Contrat a été négocié avec l'ensemble des intéressés, OFIDA compris. L'OFIDA, partie intégrante du Ministère des Finances, était, en tout état de cause, à la disposition de celui-ci pour fournir une opinion éclairée. L'Etat bénéficiait aussi de l'expérience de l'OMD et du FMI. La Demanderesse voit dans la révision du Contrat avant sa signature la preuve que l'Etat, par ses services compétents, a procédé à une étude préalable approfondie.

102. La Demanderesse déclare, en outre, que si elle a proposé que le seuil soit calculé sur la moyenne des revenus mensuels collectés durant l'année fiscale 2007, c'est en

raison du fait qu'elle était alors dans l'incapacité de chiffrer sa proposition, faute d'accessibilité aux données nécessaires. C'est l'Etat qui, au cours de la négociation, a fourni à CTC le chiffre de 23.138.658.670 CDF équivalant à 45 millions USD comme moyenne mensuelle des recettes de 2007. Ce chiffre n'a pas été contesté par l'OFIDA qui participait aux négociations quoi qu'en dise aujourd'hui l'Etat. Il a été retenu car il reflétait les données disponibles. Les données utiles de janvier à juin 2008, telles que les communique la Défenderesse relèvent de la note de l'OFIDA en date du 9 septembre 2010, plusieurs mois après la résiliation effective du Contrat (R-20). Les difficultés de l'OFIDA à collecter les données sont démontrées par les données statistiques de 2007 et du premier trimestre 2008 que l'OFIDA a dû réclamer à l'ensemble des directeurs provinciaux (C-68). Cette interprétation est contestée par la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO qui fait observer que les données en cause ne concernaient en rien les recettes douanières.

103. CTC ajoute que le seuil choisi n'était pas hasardeux au regard des statistiques fournies par l'OFIDA dans sa note du 9 septembre 2010. La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO a bâti son raisonnement sur la moyenne du dernier trimestre 2007. Or, les recettes fluctuent au cours de l'année¹.

104. Selon la Demanderesse, la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO est d'autant moins fondée à réécrire le contrat *a posteriori* que CTC a proposé, à deux reprises en 2009, d'amender les conditions financières en portant le seuil de 45 à 52 millions USD, moyennant des garanties de paiement. L'Etat n'a jamais donné suite.

105. CTC considère ainsi qu'aucun des éléments constitutifs du dol n'est caractérisé : les manœuvres dolosives ne sont pas constituées faute d'"*agissements tendant à créer*"

¹ Sur la question du niveau des recettes mensuelles, la Demanderesse fait observer au passage que leur évolution ne se calcule pas en dollars mais en francs congolais puisque le seuil correspond à "*l'équivalent de 45 millions de dollars américains, soit 23.138.658.670 Francs congolais*". Cette question ne relève pas de la validité du Contrat. Elle sera examinée ultérieurement, s'il y a lieu.

De même, CTC a soulevé un problème d'interprétation de la base de calcul du taux d'accroissement qu'elle considère fixée au montant précité et non à celui des recettes encaissées le mois précédent. Cette question sera examinée ultérieurement, s'il y a lieu.

une fausse apparence" ; le caractère intentionnel dégagé du silence gardé en qualité de professionnel ne l'est pas non plus. En conséquence, le caractère déterminant du dol n'est pas davantage établi. La nullité du Contrat pour dol ne peut donc être accueillie.

106. CTC conteste enfin que le Contrat puisse être judiciairement révisé selon le droit français, applicable en vertu de la clause d'arbitrage.

B/ Le Tribunal arbitral

107. Le Tribunal examinera d'abord les moyens de nullité tirés du non-respect des stipulations conventionnelles ou dispositions légales de passation des marchés publics (1°) puis les moyens de nullité ou révision tirés des manœuvres dolosives imputées à CTC (2°).

1°) Le non-respect des stipulations conventionnelles ou dispositions légales sur la passation des marchés publics

108. En premier lieu, le Tribunal arbitral est d'avis de rejeter l'argument de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO consistant à soutenir que s'imposaient les règles internes à l'Etat congolais relatives à la négociation du contrat, sa passation de gré à gré - et non par adjudication - et au pouvoir des ministres à le signer, En effet, la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO n'a pas apporté à suffisance la preuve que ses règles internes auraient été violées sur le pouvoir des ministres.

Sur l'adjudication, la RDC n'a pas suffisamment examiné les hypothèses d'exceptions à l'adjudication.

109. Mais surtout, même si cette preuve avait été rapportée, cet argument se heurterait au principe bien établi en arbitrage international interdisant à une partie de se contredire au détriment d'autrui. La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO ne peut pas, *a posteriori*, tenter de se dégager d'un contrat qui, aujourd'hui, lui apparaît comme inutile, voire inopérant ou déséquilibré, alors qu'il ne fait aucun doute qu'il a fait l'objet d'une approbation par les plus hautes autorités de l'Etat (V. les annonces publiques qui en avaient été faites à l'époque : C-45 ; Transcript, p. 217).

110. En second lieu, le Tribunal arbitral fera masse des deux arguments présentés par la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO au titre soit de l'ordre public transnational, soit du droit français, en vertu de l'une ou l'autre base juridique, les moyens proposés étant équivalents (a). Il examinera ensuite les moyens tirés du droit interne français (b), puis du droit congolais (c).

(a) L'ordre public

111. La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO invoque des règles impératives de lutte contre la corruption et de prévention de celle-ci sous diverses formes. Il s'agit plus particulièrement de la Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003 dont l'article 9.1 stipule :

"1. Chaque État Partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, les mesures nécessaires pour mettre en place des systèmes appropriés de passation des marchés publics qui soient fondés sur la transparence, la concurrence et des critères objectifs pour la prise des décisions et qui soient efficaces, entre autres, pour prévenir la corruption. Ces systèmes, pour l'application desquels des valeurs seuils peuvent être prises en compte, prévoient notamment :

- a) La diffusion publique d'informations concernant les procédures de passation des marchés et les marchés, y compris d'informations sur les appels d'offres et d'informations pertinentes sur l'attribution des marchés, suffisamment de temps étant laissé aux soumissionnaires potentiels pour établir et soumettre leurs offres ;*
- b) L'établissement à l'avance des conditions de participation (...);*
- c) L'utilisation de critères objectifs et prédéterminés pour la prise des décisions concernant la passation des marchés publics (...);*
- d) Un système de recours interne efficace (...)."*

La Convention présente comme moyen de prévention de la corruption le recours à une procédure qui assure la transparence et la concurrence, au bénéfice de l'Etat, du contribuable et des concurrents potentiels. La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO voit dans cette Convention et dans la Convention pénale sur la Corruption signée par la France le 27 janvier 1999 la confirmation que "*le lien entre corruption et procédure de passation des marchés publics est établi*". L'application de ces mesures de prévention participerait ainsi de l'ordre public transnational et leur absence conduirait à la nullité absolue du contrat.

La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO soutient qu'il n'existe et qu'elle n'invoque aucune corruption en l'espèce, mais que l'on aurait méconnu les mesures préventives prévues par l'article 9 de la Convention qui tendent à assurer la transparence et la concurrence par l'information et le recours à la procédure d'appel d'offres.

112. Pour le Tribunal arbitral, il ne fait aucun doute (et cela n'est pas contesté par la Demanderesse) qu'il existe aujourd'hui un ordre public transnational en faveur d'une lutte contre la corruption. L'ordre public français est conforme à cet ordre public transnational.

La Convention des Nations Unies du 31 octobre 2003 n'est qu'une modalité de sa mise en œuvre. Il est donc indifférent que la Convention ne fût pas entrée en vigueur lors de la signature du contrat litigieux.

Il est également indifférent que la Convention ne vise qu'à créer des obligations à la charge des Etats et ne soit pas, le cas échéant, susceptible d'être invoquée par les sujets de droit privé puisque ce critère est indifférent lorsque l'on cherche à déterminer les exigences de l'ordre public transnational.

113. En revanche, le point de savoir si la transparence dans l'octroi des marchés publics fait également partie de cet ordre public transnational ou international demeure discuté entre les parties. La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO prend appui sur les travaux de l'OCDE (RL-22) selon lesquels les marchés publics sont l'un des vecteurs les plus aisés de fraude et de corruption. Si bien qu'une lutte efficace contre la corruption doit passer par une transparence des procédures d'adjudication et la mise en concurrence des entreprises.

La CTC, au contraire, soutient que placer la transparence dans l'octroi des marchés publics et donc la concurrence et l'appel d'offres, simples règles techniques, au rang de l'ordre public transnational revient à "*présumer la corruption*", dès lors qu'une de ces règles techniques n'aurait pas été respectée.

Le Tribunal arbitral n'a pas à trancher ce débat compte tenu des circonstances particulières de ce litige. En effet, à supposer même que la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO ait raison de hisser au rang de l'ordre public transnational l'obligation de transparence et le recours à l'adjudication des marchés publics, encore faut-il qu'une corruption soit à tout le moins alléguée. Si la mise en concurrence sur un marché public donné peut être rangée dans l'ordre public transnational, c'est uniquement dans le cadre de la lutte contre la corruption et non pas en tant que telle. Or, dans le présent dossier, la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO a écrit et confirmé (Mémoire en duplique et récapitulatif de la RDC, n° 378 et 380) qu'elle ne soutenait pas qu'il y ait eu corruption ou même tentative de corruption.

L'obligation de mise en concurrence sera en outre examinée au regard du droit congolais (*infra*, n° 116 et suiv.). En définitive, et en l'absence d'un simple soupçon de corruption en l'espèce, la position de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO aboutit à instaurer une présomption de fraude lorsque les parties, dont l'Etat, n'ont pas respecté les mesures de prévention. Ni la Convention, ni les règles de preuve de la corruption, ni la garantie des droits d'éventuels prévenus ne justifient un tel glissement.

L'ordre public est ainsi invoqué de manière abstraite à l'encontre d'un schéma dont rien ne démontre qu'il ait été lié à une opération de corruption.

En conséquence, la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO succombera sur ce point.

(b) Le droit français

114. La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO invoque encore le droit français comme loi stipulée applicable au Contrat, et particulièrement les règles applicables aux marchés publics qui requièrent, à peine de nullité, le recours à une adjudication publique assurant transparence et concurrence. La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO produit de nombreux arrêts du Conseil d'Etat français sur le pouvoir du juge, saisi d'une demande en exécution du contrat, d'en constater la nullité.

Mais ces règles sont des règles de droit public français élaborées et appliquées à cette fin. Elles n'ont pas vocation à s'appliquer aux marchés publics étrangers : de très nombreuses différences et formalités, de nombreux délais, seraient artificiellement transposés. La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO l'a d'ailleurs sagement reconnu (Transcript, p. 197, lignes 14 à 18).

A la majorité, le Tribunal est convaincu que la référence au droit français dans le contrat du 5 juin 2008 ne vise pas, dans l'esprit des parties, à appliquer aux marchés publics en REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO les règles des marchés publics français. Il s'agit d'une référence aux règles générales des contrats, ainsi d'ailleurs que les parties les ont appliquées.

115. D'autre part, et surtout, la jurisprudence précitée insiste sur l'exigence de loyauté contractuelle qui rend exceptionnelle la proclamation de la nullité et invite à peser l'intérêt général engagé. Cette approche rend encore plus inadaptée l'application des

règles françaises aux marchés publics de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO. En l'espèce, les plus hautes autorités de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO ont donné leur accord au contrat litigieux, opération souhaitée par les autorités financières internationales, après avoir échoué à trouver un accord financier avec CROWN AGENTS, candidat qui paraissait s'imposer. Ce complexe de faits n'a jamais été soumis aux tribunaux français qui auraient eu du mal à l'apprécier à l'aune de l'intérêt public en REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO.

Il y a là une raison supplémentaire de ne pas appliquer le droit des marchés publics français au contrat litigieux.

(c) Le droit congolais

116. La RDC invoque enfin son propre Code des Marchés Publics exigeant la mise en concurrence de plusieurs fournisseurs. Mais cette obligation suppose qu'il existe plusieurs entreprises sur le marché capables de délivrer les mêmes services ou des services équivalents. L'Article 3.13° de l'ordonnance congolaise n° 69-054 dispose :

"Peuvent être passés de gré à gré les marchés pour lesquels le jeu normal de la concurrence est entravé par l'état du marché, les ententes entre producteurs ou distributeurs ou par la législation sur les prix" (RL-18)

Or, le jeu normal de la concurrence est nécessairement entravé lorsque l'état du marché est tel que ne possèdent l'expérience requise d'une réorganisation globale du système douanier, que la société britannique CROWN AGENTS, avec laquelle la RDC n'a pu se mettre d'accord, et CTC, héritière du savoir-faire de celle-ci.

117. L'objection de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO selon laquelle l'appel d'offres aurait pu attirer des concurrents n'a pas convaincu le Tribunal : la Défenderesse a produit les plaquettes trouvées en ligne de sociétés susceptibles, selon elle, de répondre à l'appel d'offres de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO. La lecture attentive des annexes à ces documents (C-86 à C-88) montre que l'une des sociétés en



cause n'était pas constituée au jour de conclusion du Contrat. Les autres ont effectivement travaillé dans le domaine des douanes, mais aucun des projets n'avait l'envergure d'une réorganisation globale embrassant la conception d'ensemble et la réalisation sur l'ensemble du territoire national. De plus, certains des projets étaient manifestement en cours, sans possibilité d'appréciation du résultat. Or, la réorganisation globale du système des douanes et accises supposait une expérience particulièrement solide là où, de l'avis exprimé par le FMI en mai 2007, les progrès de l'OFIDA depuis 2002 avaient été minces malgré l'aide des Sociétés BIVAC et AUFS. Seule CROWN AGENTS avait fait la preuve de son savoir-faire en menant de manière satisfaisante - et jusqu'à son terme - la réorganisation globale des douanes, précisément dans des Etats proches. On peut donc conclure qu'il y a eu mise en concurrence entre les deux seules sociétés réunissant l'expérience nécessaire : CROWN AGENTS et CTC.

118. Le Tribunal constate, de surcroît, que l'Etat congolais est mal venu à se défendre en invoquant l'absence de mise en concurrence alors que le préambule du Contrat qu'il a conclu déclare :

" Le Gouvernement a [...] entrepris des consultations avec diverses sociétés spécialisées dans la réforme des administrations douanières et fiscales, et a fini par retenir l'offre de service présentée par le Consultant (Customs and Tax Consultancy)... "

2°) Les manœuvres dolosives

(a) Les manœuvres dolosives par réticence

119. Le Tribunal examinera d'abord les manœuvres dolosives par réticence (a), puis par tromperie (b), imputées à CTC par la République du Congo.



120. La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO soutient que l'absence d'informations de CTC à son égard relativement au contrat à conclure est constitutive de réticence eu égard à l'irrégularité manifeste entre les deux parties, aggravée par le fait que l'OFIDA n'a pas été consulté et n'a pas participé aux négociations avec CTC.

Cette affirmation, sur laquelle repose le grief de réticence dolosive, n'est pas corroborée par les faits, tels qu'ils transparaissent dans le dossier. Si tant est qu'un Etat puisse se présenter comme la "*partie faible*", à inégalité de connaissance pour conclure un contrat, rien de tel n'a été démontré par la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, tenue de prouver les éléments constitutifs de la réticence dolosive.

Les pièces versées au débat et les auditions de M. OUTHWAITE et de M. RUGWIZA ont convaincu le Tribunal que l'Etat avait à sa disposition tous les appuis nécessaires pour conclure le Contrat en pleine connaissance de cause. Ainsi, dès le 1^{er} avril 2008, le Ministre des Finances demandait à CTC de "*diligenter dans les meilleurs délais une mission de vos experts en vue d'un échange avec les nôtres sur le dossier que vous m'avez fait parvenir à cet effet*" (C-41). Copie de la lettre était adressée au Vice-Ministre des Finances et à l'Administrateur Délégué Général, M. RUGWIZA. Ce dernier ne pouvait se méprendre sur le sens de la lettre : les experts de CTC venaient pour rencontrer ceux de l'OFIDA à la demande de leur ministre de tutelle. Pourtant, l'Administrateur Délégué Général n'a pas souhaité évoquer le projet de CTC avec M. OUTHWAITE lorsqu'il l'a rencontré. M. RUGWIZA s'en est expliqué en déclarant qu'il n'y aurait pas été formellement invité, ce qui a conduit le Ministre des Finances à lui rappeler, le 3 mai 2008, qu'il avait reçu ampliation de la lettre du 1^{er} avril précédent. Le Ministre a alors précisé :

"Je vous demande de recevoir la délégation de cette société pour examiner au plan technique les conditions et modalités pratiques de la mise en œuvre du projet envisagé, et de me faire rapport." (C-42 et R-7).

M. OUTHWAITE a rencontré M. RUGWIZA le 12 mai 2008, date que ce dernier avait fixée. M. RUGWIZA a admis avoir écouté M. OUTHWAITE présenter CTC tandis que lui-même présentait l'OFIDA (Transcript, pp. 73 à 74).



Le compte-rendu qu'a fait M. OUTHWAITE de cette réunion a été confirmé sur de très nombreux points par M. RUGWIZA (Transcript, pp. 73-74 notamment) ce qui crédibilise le document versé à la procédure (C-83) et notamment le fait qu'"il a été convenu que, oui, [CTC] pourrait rendre visite aux personnes sur le terrain à Kinshasa et pourrait travailler avec le groupe de projet", pourtant nié par M. RUGWIZA.

M. RUGWIZA a aussi nié avoir donné son autorisation pour que le groupe de projet constitué au sein de l'OFIDA puisse se réunir avec les experts de CTC. Sur cette collaboration que précisent les notes de M. OUTHWAITE, M. RUGWIZA s'inscrit en faux. Il considère que n'ayant pas autorisé ces réunions, celles des 13 et 16 mars 2008 "*ne peuvent pas avoir eu lieu*". Il en a donné pour raison :

"Je ne les ai pas autorisées et je peux affirmer qu'elles n'ont pas eu lieu" (Transcript, pp. 76-77).

Au vu des pièces versées et des témoignages présentés, le Tribunal observe que l'OFIDA était réticente à la perspective de voir une société étrangère modifier ses méthodes de travail et les contrôler sur décision du Gouvernement.

Quant aux Conditions Financières du Contrat d'Assistance Technique, M. OUTHWAITE a confirmé qu'elles n'étaient pas annexées à sa lettre du 19 mai 2008 adressée au Ministre des Finances (Transcript, p. 41).

L'Administrateur Délégué Général de l'OFIDA a déclaré que cet aspect le concernait :

"C'est cela le rôle de la douane : la mobilisation des recettes" (Transcript, p. 79).

Le but de la réorganisation douanière était, en effet, d'optimiser les recettes fiscales, ce qui implique une organisation efficace sur laquelle l'OFIDA était naturellement consultée. On peut cependant comprendre, en revanche, que le prix à y consacrer relève

du seul Ministre des Finances pleinement habilité à négocier le contrat. M. RUGWIZA l'a admis.

Dans son témoignage écrit (R-T 1 n° 9 et 10), celui-ci a déclaré qu'à la suite de réunions du Groupe de travail du 22 au 26 mai 2008, l'OFIDA avait remis un rapport au Ministre des Finances. Il a confirmé ce point lors de son audition (Transcript, p. 79).

De l'ensemble de ces faits, il résulte que la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO disposait de tous les conseils nécessaires pour être éclairée sur les aspects techniques du Contrat grâce à l'OFIDA mais aussi, s'il le fallait, par les experts de l'OMD et du FMI et sur les aspects financiers grâce aux compétences que ne manquait pas d'avoir le Ministère des Finances.

L'affirmation selon laquelle l'Etat se trouvait en état d'infériorité, pilier de la démonstration de la réticence dolosive, ne se vérifie pas. Le dol par réticence est donc écarté, sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur les autres éléments constitutifs.

(b) Les manœuvres dolosives par tromperie

121. Il reste à examiner si le dol allégué par la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO est constitué par des manœuvres frauduleuses de CTC, déterminantes du consentement de l'Etat congolais au Contrat.

L'article 3 des Conditions Financières du Contrat d'Assistance Technique stipule :

"Commencement des Paiements

Aucun paiement ne sera dû au Consultant avant que celui-ci n'ait réalisé ses premiers résultats par l'augmentation des Recettes Douanières d'au moins vingt-cinq (25) pourcent par rapport à la moyenne mensuelle de Recettes Douanières réalisées actuellement par l'OFIDA fixée à l'équivalent de quarante-cinq millions (45.000.000-) Dollars américains, soit vingt-trois milliards cent trente-huit millions six cents cinquante-huit mille six cents soixante-dix (23.138.658.670-) Francs congolais."

Le seuil fixé par l'article 3 commande non seulement la date d'exécution des premières obligations financières de l'Etat congolais, mais encore les honoraires variables de l'article 6.1 rétribuant les augmentations de recettes :

"6-l. Les Honoraires Mensuels Variables sont fixés de la manière suivante :

(a) Trente Cinq (35) pourcent de la tranche d'augmentation mensuelle des recettes engendrés par rapport à la moyenne des Recettes Douanières réalisées par l'OFIDA telle que fixée dans l'"Article Troisième" ci-dessus, et ce jusqu'à la tranche d'augmentation de deux cents (200) pourcent.

(b) Trente (30) pourcent de la tranche d'augmentation mensuelle des recettes engendrées par rapport à la moyenne des Recettes Douanières réalisées par l'OFIDA telle que fixée dans l'"Article Troisième" ci-dessus, et ce à partir du moment où l'augmentation dépasse deux cents (200) pourcent mais reste inférieure à quatre cents (400) pourcent.

(c) Vingt Cinq (25) pourcent de la tranche d'augmentation mensuelle des recettes engendrés par rapport à la moyenne des Recettes Douanières réalisées par l'OFIDA telle que fixée dans l'"Article Troisième" ci-dessus, et ce à partir du moment où l'augmentation dépasse quatre cents (400) pourcent."

122. Selon la Défenderesse, CTC aurait intentionnellement proposé dans son offre de février 2008 de fixer le seuil à la moyenne mensuelle des recettes douanières de 2007 sachant que cette moyenne était déjà dépassée. En effet, la moyenne du dernier trimestre 2007 s'élevait à 56.443.000 USD et celle de janvier à avril 2008 à 52.902.000 USD.

123. Conformément aux règles du droit français, c'est à la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO qui allègue des faits au soutien de sa demande d'annulation du Contrat qu'il appartient d'apporter la preuve de ces faits. A cet égard, le Tribunal considère qu'il est établi que c'est bien le projet communiqué le 18 février 2008 par CTC qui fait état d'honoraires mensuels variables représentant 35 % des tranches des augmentations mensuelles des revenus engendrés par rapport à la moyenne des

revenus mensuels collectés durant l'année fiscale 2007, comme le précise la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO (C-7, p. 43). Cette proposition n'établit cependant pas que CTC connaissait les revenus de 2007 lors de l'élaboration de ce projet, en février 2008.

En revanche, la pièce C-83, compte-rendu de réunion du 12 mai 2008 entre M. OUTHWAITE et le Directeur Général de l'OFIDA, établit clairement que CTC a été mise au courant des recettes globalement encaissées en 2007, d'un montant indiqué de 541 millions USD. Dans sa plaidoirie, la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO a évoqué cette pièce (Transcript, p. 174). Les recettes effectives de l'année 2008, simplement entamée, ne sont pas indiquées.

Il est encore établi par les pièces communiquées par la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO que le Ministre des Finances était informé des recettes douanières de chaque mois dans la deuxième quinzaine du mois suivant (R-53 à R-59) et que l'Administrateur-Délégué Général de l'OFIDA n'adressait pas ces rapports mensuels à CTC (Témoignage oral de M. RUGWIZA, Transcript, p. 91).

En revanche, il n'est pas démontré que CTC ait été informée par la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO des augmentations de recettes du dernier trimestre de 2007, ni des premiers mois de 2008. Dans ses écritures récapitulatives, la Défenderesse voit dans une lettre communiquée par CTC la preuve que celle-ci connaissait la moyenne des recettes mensuelles de 2007 (C-10). Cette lettre fait, en effet, état de la progression des recettes dans toutes les régions où ont été déployés des consultants de CTC :

"...les recettes dans ces régions ont considérablement augmenté, permettant par-là à l'OFIDA de dépasser sa moyenne de recettes mensuelles d'environ 45% (\$75.500.000) par comparaison à la moyenne des recettes mensuelles de l'année précédant notre contrat (\$ 52.000.000)." (C-10, p. 2 alinéa 1).

Cependant, la lettre à laquelle se réfère la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO est datée du 22 décembre 2008, soit plus de six mois après la conclusion du Contrat. Cette lettre ne prouve donc pas que CTC ait connu la progression des recettes douanières mois par mois pour 2007 avant la conclusion du Contrat, ni celle des premiers mois de 2008, condition nécessaire au caractère déterminant de l'intention de tromper et donc de la qualification de manœuvre dolosive.

Lors de l'audience du 28 octobre 2014, la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO a attiré l'attention sur les notes de M. OUTHWAITE prises lors ou après la réunion du 16 mai 2008 avec divers cadres de l'OFIDA (C-85). Elle a soutenu que l'indication selon laquelle "*Alfonso ira chercher les pièces le mardi 20 mai*" signifiait que le chauffeur de M. OUTHWAITE devait aller chercher les tableaux établissant les recettes de 2005 à 2008. Cependant, le bref compte-rendu de la réunion fait aussi état d'une demande à l'OFIDA : la consultation des contrats conclus par celui-ci avec les autres prestataires de manière à éviter les doublons. La pièce C-85 ne permet donc pas de déterminer quelle pièce devait être remise à M. OUTHWAITE. Celui-ci a témoigné n'avoir pas eu connaissance des recettes des six premiers mois de 2008 lors de la signature du Contrat (*Second Witness Statement* du 4 août 2014, n° 9). Les allégations de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO à cet égard n'ont pas été prouvées alors qu'il lui incombait de les démontrer.

124. Il n'est pas davantage établi que la mention du seuil à 23.138.658.670 Frs congolais équivalant à 45.000.000 USD représentant la moyenne mensuelle des recettes de l'année 2007 ait été portée dans le Contrat par CTC plutôt que par l'Etat. C'est certes CTC qui a allégué que la quantification du seuil dans le Contrat était le fait de l'Etat congolais. Cependant, faute pour la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO d'avoir démontré les manœuvres dolosives qu'elle avait alléguées, il importe peu que les allégations en défense aient été prouvées ou non.

125. En l'absence de preuve que CTC avait été informée de la progression des recettes au long de l'année 2007 et dans les premiers mois de 2008, au point de dépasser le seuil



fixé dans le Contrat signé le 5 juin 2008, les manœuvres dolosives, telles que les caractérise la Défenderesse, ne peuvent être considérées comme constituées, pas plus que ne l'est l'intention de tromper.

126. Certes, la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO a insisté dans ses écritures – et M. RUGWIZA dans son témoignage – sur le fait que l'OFIDA avait été tenu à l'écart de la discussion relative aux conditions financières du Contrat (Transcript, p. 41). La lettre adressée par la Présidence de la République le 3 mai 2008 montre, en effet, la volonté de confier à l'OFIDA l'examen des seuls aspects techniques de la mission de CTC (C-42 et R-7). M. OUTHWAITE a confirmé que les conditions financières, qui ont fait l'objet d'un accord par document séparé, n'avaient pas été communiquées à l'OFIDA (Transcript, p.41).

127. Cependant, la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO ne peut, pour les besoins de sa défense, adopter la position commode qui consiste à voir dans l'OFIDA – et lui seul - l'incarnation de l'Etat. L'OFIDA était sous la tutelle du Ministre des Finances, lequel était régulièrement informé des recettes collectées le mois précédent. Que l'OFIDA ait vu son rôle cantonné à l'étude des aspects techniques ne modifie en rien le fait que le cocontractant de CTC était la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO et que celle-ci n'a pas rapporté la preuve des manœuvres dolosives alléguées pour sa défense.

Le Tribunal observe, au surplus, que, même avertie de la progression des recettes fin 2007/début 2008, CTC n'aurait pas nécessairement été coupable de manœuvres dolosives en choisissant la moyenne mensuelle des recettes d'une année entière. Les pièces communiquées par les parties montrent les fluctuations de recettes, loin d'être stables ou en progression continue au cours d'une année donnée (R-20 – Tableau 2 "*DGDA Mobilisations mensuelles et les moyennes 2005-2010*"). Ce tableau montre qu'en 2005, les recettes des trois mois suivant le mois de mars sont en diminution. Elles régressent encore pendant deux mois après septembre. En 2006, une diminution a été observée pendant six mois après avril. En 2007, les recettes ont baissé en mai, août et décembre par rapport aux mois précédents. Le choix d'établir sur la base d'une



moyenne annuelle le seuil prévu aux articles 3 et 6 des Conditions financières est ainsi justifié.

128. CTC souligne, à juste raison, avoir proposé d'amender le Contrat en haussant le seuil à un niveau de recettes équivalant à 52 millions USD (C-29 et C-69). A tout le moins, cela établit que le montant de 45 millions USD, porté à l'article 3 des Conditions Financières, n'était pas déterminant du consentement de CTC puisque celle-ci était prête à relever significativement le seuil pourvu que la République du Congo procède au paiement des factures.

129. Enfin, CTC relève que l'Etat lui a demandé de surseoir à la résiliation du Contrat puis, laissé sans réponse pendant une durée déraisonnable les propositions d'accord de CTC, contraignant de fait le Consultant à poursuivre l'exécution du Contrat dans l'attente d'une réponse. A supposer même que CTC ait eu un comportement dolosif, la nullité ici réclamée par l'Etat congolais, qui a la nature d'une nullité relative, aurait incontestablement été couverte par la volonté réitérée et consciente de l'Etat de continuer à bénéficier de l'exécution du Contrat.

Pour l'ensemble de ces raisons, le Tribunal rejette la demande d'annulation du Contrat.



II. LA REVISION DU CONTRAT

A/ Arguments des Parties

1°) Arguments de la Défenderesse

130. Dans son Mémoire en duplique et récapitulatif, la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO fait valoir, à titre subsidiaire, que le contrat doit être révisé sur le fondement de la réticence dolosive ou de la lésion.

Elle fait valoir, tout d'abord, que sans la réticence dolosive de CTC, le Contrat aurait été conclu à des conditions financières "*nettement moins désavantageuses*" pour la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO.

Elle fonde sa demande de révision sur le taux moyen de progression des recettes pendant la période de 2006 à 2008 de 35 % (exactement 34,64 %). Ainsi, les seuils auraient été portés respectivement à 76.198.000 USD ou 72.846.000 USD, ce qui aurait privé CTC de toute prime (Mémoire en duplique et récapitulatif n° 230 et suiv.). Sans tenir compte de la tendance haussière des dernières années, les seuils seraient de 56.443.000 USD (moyenne du dernier trimestre 2007) ou 53.490.000 USD (moyenne des quatre premiers mois de 2008) (R-25 bis et R-26 bis). C'est en tenant compte de ces seuils que le Tribunal est invité à réviser le contrat.

La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO justifie la recevabilité de l'action par la jurisprudence qui analyse les manœuvres dolosives en une faute civile appelant une réparation sous forme de réduction du prix (Com. 14 mars 1972.RL.66).

La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO soutient ensuite que le Contrat est lésionnaire et déséquilibré. Elle admet que le droit français ne reconnaît pas l'existence d'un principe général de lésion, mais voit dans les articles L.442-6, 1° et 2° C. com. une tendance générale du législateur à élargir le domaine de la lésion en cas de disproportion manifeste entre les droits et obligations des parties au contrat. Or, c'est ici le cas en raison des conditions financières exorbitantes du Contrat en faveur de CTC, de la tromperie sur le seuil à partir duquel se calcule la rémunération variable de CTC, de l'inégalité entre les parties dans les possibilités de résiliation et de l'absence de comité d'évaluation au détriment de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, et de toutes les manifestations du caractère lésionnaire du Contrat.

2°) Arguments de la Demanderesse

131. La demanderesse soutient que le consentement de l'Etat n'a pas été vicié au fond.

Elle observe, d'abord, que la République du Congo ne peut tout à la fois alléguer le manque d'expérience de CTC et sa supériorité technique manifeste par rapport à l'Etat.

Elle rappelle ensuite que l'OFIDA était sous la tutelle du Ministre des Finances et que l'Etat bénéficiait de l'expérience de l'OMD et du FMI.

CTC soutient encore que la Défenderesse n'a prouvé ni les manœuvres dolosives, ni leur caractère intentionnel.

132. Enfin, s'agissant de la lésion, CTC souligne que l'Etat lui-même a reconnu qu'elle ne concernait que certains contrats ou certaines personnes. Cela suffirait à la rejeter. Elle conteste l'abus de faiblesse de l'Etat qui lui aurait permis de fausser la fixation du

seuil pour les raisons exposées en défense à la demande d'annulation du Contrat pour dol au préjudice de l'Etat.

B/ Le Tribunal

La réticence dolosive

133. Le Tribunal admet que le dol peut, selon la jurisprudence, être sanctionné soit par la nullité du Contrat soit par la réparation du préjudice subi du fait de la faute délictuelle que constitue le dol (Com. 27.1.1998, n°96-13253, RL64). Le Tribunal observe que la révision des contrats de droit privé n'est pas en elle-même admise en droit français. C'est donc la révision du Contrat que demande la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO au motif que, sans la réticence dolosive de CTC, il aurait été conclu à des conditions financières "*nettement moins désavantageuses*".

Encore faut-il que la réticence alléguée et son caractère intentionnel soient caractérisés. Or, la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO n'a caractérisé ni l'obligation d'information pesant sur CTC, ni la réticence, ni son caractère intentionnel, tous les éléments qu'il lui incombait de démontrer.

Le Tribunal ne considère pas que CTC ait eu le devoir d'informer la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO sur le choix du seuil à partir duquel une rémunération variable était due au Consultant. L'Etat congolais disposait de toutes les données utiles pour apprécier ses obligations financières ainsi que l'établissent les propres pièces communiquées par celui-ci (R-53 à R-62) qui montrent que le Ministre des Finances était averti du montant des recettes douanières d'un mois donné dans le courant du mois suivant. A supposer que l'OFIDA lui ait fourni toutes les données dont il disposait (le contraire ne pouvant être reproché à CTC), il était loisible à l'Etat de refuser la proposition de CTC, si la



moyenne mensuelle des recettes pour 2007 ne constituait pas un seuil acceptable. Cette approche doit aussi tenir compte du fait que CTC se finançait elle-même, jusqu'au seuil du déclenchement des paiements par l'Etat.

Faute d'obligation de conseil ou d'information, la réticence dolosive ne peut être invoquée. En admettant même l'existence de cette obligation, le Tribunal arbitral ne pourrait déclarer constituée la réticence dolosive en l'absence de connaissance du fait à révéler. M. OUTHWAITE a déclaré qu'en l'absence de données chiffrées, l'offre de services du 18 février 2008 avait prévu que le seuil ouvrant droit aux honoraires variables avait été assis sur les augmentations de recettes par rapport à la moyenne mensuelle des recettes de 2007 (CT-3 N° 10). La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, qui allègue la réticence dolosive, n'a pu apporter la preuve que CTC connaissait ces données en communiquant son offre. *A fortiori*, l'intention de tromper ne peut être constituée.

Pour l'ensemble de ces raisons – et tout particulièrement en raison de la connaissance des recettes qu'avait nécessairement l'Etat congolais – le Tribunal ne peut faire droit à la demande de révision du Contrat pour réticence dolosive.

134. La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO demande encore la révision du Contrat, à la fois par application des seuils proposés par elle et rappelés ci-dessus et des clauses non-financières, elles aussi déséquilibrées, qui rendraient le Contrat lésionnaire.

135. La lésion dans le droit français n'est une cause d'annulation et/ou, parfois, de réfection (rachat de lésion) que dans les cas particuliers prévus par la loi. Hors ces exceptions légales, il n'existe pas de droit à la réfection pour déséquilibre des obligations.

Le déséquilibre allégué des clauses non financières du Contrat, déséquilibre non chiffré, n'entre pas dans les cas légaux de rescision pour lésion.



136. La Défenderesse voit, dans l'article L.442-6-1° du Code de Commerce, le fondement légal de la réfection du Contrat. Cette disposition prévoit l'interdiction pour "*tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers (...) d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque disproportionné au regard de la valeur du service rendu (...)*". La Défenderesse elle-même doute que l'Etat puisse être considéré comme un partenaire commercial au sens du Code de commerce. L'extension par analogie du texte à l'Etat, personne publique étrangère n'est conforme ni à la lettre, ni à l'esprit du texte.

137. En admettant même que l'Etat puisse être considéré comme un partenaire commercial, il suffit ici de constater que la disproportion manifeste des droits et obligations qu'affirme la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO n'est pas établie. Celle-ci soutient que les prestations de CTC étaient "*pratiquement inexistantes*", ce qui ne se vérifie pas au vu du nombre de consultants sur le terrain dès octobre/novembre 2008 (une cinquantaine de consultants) et jusqu'à une soixantaine de consultants fin 2009 à une époque où, pourtant, CTC était proche de la démobilisation effective. L'examen de l'exécution par CTC de ses obligations contractuelles (infra, n° 164 et suiv.) établit que les prestations du Consultant, sur une période inférieure à deux ans, sur les cinq prévus au contrat, ne peuvent être sérieusement jugées « *pratiquement inexistantes* ». Le Tribunal observe aussi que jusqu'à la prise d'effet de la résiliation, l'Etat congolais n'a notifié à CTC aucun manquement à ses obligations (C-23 ; Transcript p. 207).

En conséquence, le Tribunal, se fondant sur la force obligatoire du contrat, rejette la demande de révision du Contrat, que ce soit au titre du dol ou de la lésion.

138. Lors de l'audience de plaidoirie, le Conseil de CTC a considéré comme "*un moyen subtil de révision le calcul par la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO de l'évolution de ses recettes douanières en dollars américains et non en francs congolais, monnaie dans laquelle sont collectées les recettes douanières préparées sur la base des données en francs*

congolais transmises par l'OFIDA et constituant la pratique des contractants." (Transcript, p. 148).

Cette question ne relève pas d'un mécanisme juridique de révision ou de lésion. Elle sera abordée dans l'examen des conséquences des manquements à l'exécution du Contrat (IV).

139. Le Tribunal arbitral conclut des développements qui précèdent que le Contrat est valide et que rien ne l'autorise à en modifier les termes.

III. L'EXECUTION DU CONTRAT

140. La Demanderesse et la Défenderesse s'accusent mutuellement d'avoir manqué à leurs obligations contractuelles. Pour se prononcer sur la responsabilité de l'une et/ou l'autre partie et le bien-fondé de la résiliation du Contrat ou de l'exception d'inexécution, il convient donc de rechercher si les manquements imputés à l'une ou l'autre des deux parties sont avérés et, dans l'affirmative, leur incidence sur le Contrat.

A/ Arguments des Parties

1°) Arguments de la Demanderesse

141. CTC reproche, tout d'abord, à la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO d'avoir manqué à ses obligations financières, telles que les détaillent les stipulations du Contrat et les Conditions Financières qui en font partie intégrante.



Plus précisément, l'Etat n'a pas payé l'intégralité des frais de mobilisation s'élevant à 7,5 millions USD. Un solde de 3.091.908,72 USD reste impayé (art.18.1 du Contrat).

L'Etat a laissé impayée la grande majorité des factures concernant les prestations effectuées par CTC et prévues aux articles 5.1 et 6.1 des Conditions Financières. Seul un montant de 28.567.181,28 USD a été honoré. Un solde de 184.978.548,72 USD reste impayé auquel doivent s'ajouter les intérêts moratoires s'élevant à 267.362.705 USD au 31 mars 2014, soit au total : 452.341.250 USD.

Enfin, l'Etat n'a pas mis en place l'ordre de paiement permanent, en violation des articles 17 du Contrat et 8.2 des Conditions Financières (C-17).

142. Les engagements autres que financiers que CTC déclare non tenus concernent essentiellement l'OFIDA.

Ainsi, l'Etat n'a pas fait usage de son autorité et de son pouvoir afin d'appuyer l'action de CTC comme il s'y était engagé à l'article 14 du Contrat d'Assistance Technique. La Demanderesse soutient ainsi qu'elle s'est heurtée à une vive résistance de l'OFIDA. Celui-ci ne lui a pas réservé un espace de travail suffisant (art. 14.7 du Contrat d'Assistance Technique). L'Etat n'a pas honoré les obligations prévues à l'article 15.1 du Contrat instaurant une cogestion de l'OFIDA entre les autorités désignées par lui et par CTC (C-19 ; C-20).

Enfin, l'Etat n'a pas mis en place les mesures de sécurité promises (art. 14.6) obligeant CTC à recourir à des prestataires privés.

2°) Arguments de la Défenderesse

143. La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO soutient que l'inexécution par CTC de ses obligations légitime la suspension de l'exécution de ses propres obligations (Mémoire en réponse, n° 257).

144. Trois griefs sont adressés à CTC :

- la méconnaissance de la langue française par les experts déployés par CTC ;
- l'apport insignifiant du Consultant dans la réforme du Code des douanes ;
- l'absence d'augmentation immédiate et durable des recettes douanières ;

outre des demandes de rémunérations indues.

145. Sur le fondement d'un Rapport de l'Administrateur-Délégué Général sur les travaux de relecture du projet du Code des douanes de mars 2009 (R-15) et de l'Offre de services révisée, la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO soutient que la formation des agents de l'OFIDA et la coopération avec ceux-ci implique une bonne communication entre les consultants et les agents. La méconnaissance de la langue française par la grande majorité des Consultants n'a pas permis à ceux-ci d'exécuter correctement les obligations de formation et de coopération souscrites par CTC.

146. La révision du Code établi par l'OFIDA et voté par l'Assemblée Nationale en 2005 était inutile, déclare la Défenderesse, puisque l'OMD n'estimait pas nécessaire d'amender le Code des Douanes, conforme à la Convention de Kyoto révisée. La Défenderesse ajoute que sur 403 articles, n'a été modifiée qu'une vingtaine de dispositions. L'apport de CTC étant ainsi minime.

147. Sous l'intitulé "*l'intervention de CTC n'a pas généré une augmentation immédiate et durable des recettes douanières*", la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO revient sur la question du seuil, déjà franchi en prenant la moyenne des trois derniers mois de



2007. La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO considère que l'apport d'AUFSS et de BIVAC devrait être défalqué des performances que s'attribue CTC dont la rémunération devrait être proportionnelle à l'impact spécifique du Consultant et que CTC "*aurait reconnu que sa présence avait eu pour effet de faire diminuer les recettes dans son rapport d'activité de décembre 2008*" (Mémoire en Duplique et Récapitulatif de la REPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO, n° 631).

148. Enfin, sous le titre "*Les autres manquements reprochés à CTC*", la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO souligne des lenteurs dans le traitement des dossiers, des contestations sur la valeur résultant des contrôles systématiques, la faible mise en œuvre du Contrat et le manque de compétence de certains consultants. (R-44 ; R-48 ; R-45).

B/ Le Tribunal

149. Le Tribunal examine d'abord les griefs articulés par la Demanderesse.

1°) Les obligations financières de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO

150. Les stipulations pertinentes du Contrat et des Conditions Financières sont les suivantes.

L'article 18.1 du Contrat stipule :

"L'Etat s'engage à payer au Consultant à la signature du présent Contrat, un montant forfaitaire de Sept Millions Cinq Cents Mille (7.500.000-) Dollars américains. Ce montant est destiné à couvrir les frais de mobilisation, d'installation et de mise en chantier du projet."



Les Conditions Financières relatives au Contrat d'Assistance Technique prévoient à l'article 4 que :

*"En contrepartie des prestations qui seront effectuées par le Consultant au bénéfice de l'Etat, celui-ci s'engage à lui payer mensuellement :
Une rémunération destinée à couvrir tous les frais généraux de gestion et d'opération du Consultant ;
Des honoraires variables destinés à récompenser la bonne performance."*

Au titre des rémunérations, il est stipulé à l'article 5.1 :

"5.1. Un montant forfaitaire fixe de Cinq Cents Mille (500.000-) Dollars Américains, augmenté d'un montant de Trente Deux Mille (32.000-) Dollars Américains pour chaque consultant ou expert recruté et déployé pour les besoins du Projet."

L'article 5.2 précise :

"5.2. A la fin de chaque mois calendrier, le Consultant adressera à l'Etat une facture reprenant le nombre de consultants ou experts déployés en REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO et le montant total à payer. Une copie de cette facture sera transmise à la Banque Centrale du Congo (BCC) pour paiement."

Au titre des honoraires variables, l'article 6 stipule :

"En plus des rémunérations mensuelles ci-dessus, et afin de motiver et récompenser la bonne performance, l'Etat s'engage à payer au Consultant des Honoraires Mensuels Variables calculés sur les tranches des augmentations réalisées effectivement sur les Recettes Douanières.

6.1. Les Honoraires mensuels Variables sont fixés de la manière suivante :

(a) Trente Cinq (35) pourcent de la tranche d'augmentation mensuelle des recettes engendrés par rapport à la moyenne des Recettes Douanières réalisées par l'OFIDA telle que fixée dans l'"Article Troisième" ci-dessus, et ce jusqu'à la tranche d'augmentation de deux cents (200) pourcent.

(b) Trente (30) pourcent de la tranche d'augmentation mensuelle des recettes engendrés par rapport à la moyenne des Recettes Douanières réalisées par l'OFIDA telle que fixée dans l'"Article Troisième" ci-dessus, et ce à partir du moment où l'augmentation dépasse deux cents (200) pourcent mais reste inférieure à quatre cents (400) pourcent.

(c) Vingt Cinq (25) pourcent de la tranche d'augmentation mensuelle des recettes engendrés par rapport à la moyenne des Recettes Douanières réalisées par l'OFIDA telle que fixée dans l'"Article Troisième" ci-dessus, et ce à partir du moment où l'augmentation dépasse quatre cents (400) pourcent."

L'article 6.2 précise :

"6.2. A la fin de chaque mois calendrier, le Consultant adressera à l'Etat une facture reprenant le montant des recettes réalisées durant le mois précédent, et le montant total des Honoraires Mensuels Variables à payer. Une copie de cette facture sera transmise à la Banque Centrale du Congo (BCC) pour Paiement."

151. Les modalités de paiement font l'objet de diverses stipulations. L'article 17 du Contrat stipule :

"L'Etat s'engage à mettre en place des procédures simplifiées et automatiques qui permettront de payer mensuellement ce qui est dû au Consultant d'une manière prompte et diligente. Un "Ordre de Paiement Permanent" sera logé à cet effet à la Banque Centrale du Congo."

L'article 8.2 des Conditions Financières, reprend l'article 17 précité, à ceci près qu'il précise que l'Etat s'engage à payer *"dès réception par [la BCC] de la facture du Consultant"* :

"L'Etat s'engage à mettre en place des procédures simplifiées et automatiques qui permettront de payer mensuellement ce qui est dû au Consultant d'une manière prompte et diligente par la BCC, et ce dès réception par celle-ci de la facture du Consultant. A cet effet, l'Etat adressera à la BCC un "Ordre de Paiement Permanent" ainsi que les instructions nécessaires."

152. Il résulte de la correspondance entre CTC et la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO que celle-ci n'a pas rempli ses obligations financières.

Dans sa lettre du 22 décembre 2008, adressée au Président de la République, CTC écrivait :

"Pouvons-nous porter à l'attention bienveillante de son excellence que, à ce jour, notre société a présenté au Gouvernement pour les mois de septembre (frais de mobilisation et rémunération : \$ 15.354.158), octobre (rémunération \$ 8.817.488) et novembre (rémunération \$ 8.230.827), en paiement de nos services sur le fondement de l'augmentation des recettes réalisées durant ces trois mois (\$ 71.149.921) : Seuls 2 millions USD des sommes mentionnées ci-dessus ont été payés à ce jour (...). Notre découvert bancaire actuel excède 12.000.000 USD et nos banquiers ne sont pas

disposés à continuer à soutenir le projet sans une indication claire que le paiement arrivera²." (C-10, p. 4 in fine et p. 5).

Le 19 janvier 2009, CTC écrivait au Président de la République, au Ministre des Finances et au Premier Ministre :

"(...) jusqu'à ce jour, seulement un montant de 2.000.000- US Dollars a été payé sur la totalité de 7.500.000- US Dollars destiné à couvrir les frais de mobilisation, d'installation et de mise en chantier du projet. En plus de cela, le solde des premières factures de nos rémunérations totalisant 24.902.471- US Dollars est toujours impayé, ce qui porte le montant total dû par le Gouvernement à CTC, au 30 novembre 2008, 30.402.471- US Dollars." (C-15).

Le 9 février 2009, le Directeur de Cabinet du Président de la République écrivait à son tour au Premier Ministre :

"Afin d'éviter qu'un quelconque échec de ce contrat ne soit imputé à la partie congolaise, le Chef de l'Etat vous demande de vous assurer personnellement de sa bonne exécution, tout en garantissant les intérêts des deux parties.

Il souhaite que vous commenciez par faire le point avec le Consultant CTC sur les paiements qui lui sont dus à ce jour de par les clauses du Contrat avant d'établir un échéancier réaliste pour les sommes restant dues." (C-28).

La question des impayés n'était toujours pas résolue le 6 avril 2009. Pour éviter la prise d'effet immédiate de la résiliation du Contrat, voulue par le Consultant, le Président de la République a promis un paiement immédiat puis un autre avant la fin du mois, pour un montant total s'élevant à une somme de 13 à 18 millions USD (C-30).

Enfin, le 27 novembre 2009, CTC écrivait au Président de la République, au Premier Ministre et au Ministre des Finances :

"En Juin dernier, dans une énième tentative de parvenir à un règlement financier en ce qui concerne les arriérés dus à CTC, nous avons rencontré votre Directeur de Cabinet et nous avons négocié un compromis significatif en échange d'une procédure de paiement sécurisé qui mettrait le projet sur une base financière solide. Cet accord est consigné dans un procès-verbal que, malgré plusieurs rappels, vous n'avez

² Traduction de l'anglais.



toujours pas signé. En conséquence, notre situation financière s'est aggravée et notre ligne de crédit auprès de nos banquiers a été coupée.

L'absence de paiement de nos services, dont je vous ai fait part à plusieurs reprises, et le mépris total des obligations contractuelles de la part du Gouvernement, nous mettent dans l'impossibilité de poursuivre nos obligations en vertu du contrat.

En conséquence, je me vois dans l'obligation de vous informer, que faute d'une solution financière adéquate et immédiate de votre part, CTC ne sera plus en mesure de remplir ses obligations, et devra par conséquent cesser ses activités." (C-32).

Avant la résiliation du Contrat, effective au 15 janvier 2010, la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO n'a pas contesté le montant des factures qui lui ont été adressées, ni leur libellé. Le Tribunal constate donc que les engagements de paiement des factures pris par la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO n'ont pas été tenus.

D'ailleurs, celle-ci ne conteste pas n'avoir pas payé les factures ni les montants réclamés par CTC.

153. Il est vrai que, dans ses écritures, l'Etat congolais a prétendu qu'aucun paiement n'était dû pour les mois de janvier, mars, avril, mai, juin et août 2009, CTC n'ayant pas atteint son objectif.

Cependant, l'article 5.1 des Conditions Financières, relatif au montant forfaitaire fixe de 500.000 USD, augmenté de 32.000 USD pour chaque consultant recruté et déployé pour les besoins du Projet, ne se réfère à aucune augmentation de recettes par rapport au seuil déterminé à l'article 3 et précise bien que les rémunérations sont dues "*pendant toute la durée du Contrat, à la fin de chaque mois*". L'augmentation de 25 % par rapport au seuil fixe la date de commencement des rémunérations mensuelles fixes. L'article 3 ne subordonne pas le droit de CTC au paiement des rémunérations fixes à un montant de recettes atteignant le seuil augmenté de 25 % pour chacun des mois qui suivent.

154. La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO soutient aussi que CTC n'a pas justifié la présence effective des Consultants ou experts sur le terrain pendant la totalité des mois pour lesquels leur intervention a été facturée, ce qui impliquerait qu'aucune facture n'appelait un paiement.

L'argument ne peut être retenu. Les factures versées à la procédure détaillent, pour chaque mois, l'identité des consultants et experts déployés dans la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO (C-23). Aucune contestation n'a été élevée par l'Etat à réception des factures alors que celui-ci avait les moyens de vérifier la réalité de la présence des personnes recrutées. La liste en était communiquée à l'OFIDA, conformément à l'article 13.1 du Contrat. Un badge était remis à l'arrivée de chaque personne recrutée par CTC à qui l'Etat devait délivrer un ordre de mission, selon les explications de CTC, non contredites par la Défenderesse. Ni le Contrat, ni les conditions financières, ni la pratique suivie ne pouvaient laisser supposer à CTC qu'elle devait assortir les factures d'une preuve de la présence effective des Consultants dont elle donnait la liste chaque mois et que pouvait vérifier l'OFIDA.

155. Sur vérification *a posteriori* des présences effectives pendant la durée entière de chaque mois, et à la demande de la Défenderesse, CTC a accepté de diminuer sa demande de 256.000 USD correspondant à une présence partielle sur le mois facturé (C-90). A l'audience de plaidoirie, une nouvelle pièce enregistrant cette modification ainsi que le nouveau calcul d'intérêts qu'elle impliquait a été distribuée (C77 bis). CTC a fourni un tableau manuel sur les départs et les remplacements des consultants et experts qui corrobore leur nombre sur place chaque mois (C-92). La Défenderesse n'a pu démentir la pièce C-92.

156. Bien que le commencement de tous les paiements ait été repoussé à la date à laquelle les recettes douanières auraient augmenté de 25 % par rapport au seuil contractuellement fixé, c'est-à-dire septembre 2008 (Art. 3 des Conditions Financières) la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO n'a pas été en mesure de payer intégralement les frais de mobilisation. Un montant de 3.091.908,72 USD n'a pas été

honoré. La destination des fonds, comme le libellé de l'article 18.1 du Contrat, commandait pourtant de payer ces frais intégralement à l'échéance fixée. L'Etat congolais a donc méconnu l'article 18.1 du Contrat.

157. Il n'est pas contesté par la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO qu'elle n'a pas mis en place l'ordre de paiement permanent exigé par les articles 17 du Contrat et 8.2 des Conditions Financières. Elle a donc également manqué à cette obligation contractuelle.

158. Enfin, l'Etat a encore manqué à son obligation de payer l'ensemble des rémunérations mensuelles stipulées "*dès réception (...) de la facture du Consultant*", contrairement à l'engagement de l'article 8.2 des Conditions Financières.

2°) Les engagements autres que financiers de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO

L'engagement de l'Etat à faire usage de son autorité

159. L'article 15.1 du Contrat d'Assistance Technique stipule :

"la réussite du projet de réforme et de modernisation de l'OFIDA nécessite l'usage sans faille de sa puissance, de son autorité et de son pouvoir afin de soutenir et d'appuyer l'action du Consultant."

Plus précisément, l'Etat s'engage à :

"14.3. Instruire les dirigeants de l'OFIDA et ses partenaires (OCC, BIVAC, AUFS, Ogefrem et ONATRA) d'apporter au Consultant et à ses experts une collaboration franche et étroite afin d'assurer la réussite totale du Projet."

14.4. Faire modifier et changer toutes les règles administratives et opérationnelles de l'OFIDA et de ses partenaires (OCC, BIVAC, AUFS, Ogefrem et ONATRA) susceptibles de constituer un obstacle à la réussite du Projet."



14.5. Instruire l'OFIDA d'appliquer toute demande qui lui sera adressée par le Consultant en matière de gestion des ressources humaines, y compris les mouvements du personnel, dans le respect des lois et règlements en vigueur régissant l'OFIDA.

14.6. Pourvoir des mesures de sécurité et de protection adéquates pour les membres du personnel du Consultant, leurs épouses (ou conjoint(e) de fait), leurs enfants et leurs biens, à tout moment pendant leur séjour en REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO ou toute autre lieu prévu aux termes du présent Contrat. L'Etat tiendra le Consultant informé par écrit des mesures de sécurité et de protection qui sont mises en place et permettra au Consultant et à ses experts d'inspecter et d'évaluer ces mesures et d'exiger, s'il échet, leur amélioration ou modification."

14.7. Mettre à la disposition du personnel du Consultant des espaces suffisants et adéquats pour l'exercice de leurs fonctions au sein des bâtiments de l'OFIDA partout en REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, et l'utilisation gratuite des équipements de télécopies, photocopieuses, téléphones, mobiliers de bureau, ordinateurs et accès à Internet. En plus, l'Etat s'assurera que l'OFIDA offrira également les logements pour les tournées douanières sur les frontières et dans les parties isolées du pays." (C-1, art. 14.3 à 14.7).

160. Le Tribunal constate que le refus de coopération de l'OFIDA est pleinement avéré et que, si même l'Etat avait fait "un usage sans faille de sa puissance, de son autorité et de son pouvoir" pour mettre fin à l'hostilité de l'OFIDA et appuyer l'action de CTC, l'obligation de résultat qui pesait sur la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO en vertu du Contrat n'a pas été respectée.

En effet, les rapports établis par l'OFIDA sur les offres de CROWN AGENTS et de CTC révèlent clairement la volonté de cet organisme de rejeter toute assistance extérieure (R-6 ; R-47). Loin d'être vaincue, la résistance de l'OFIDA s'est exercée continuellement. Dans son rapport adressé aux Ministres des Finances et du Portefeuille, M. OUTHWAITE constate :

"Au cours du mois, nous avons enregistré un niveau accru de résistance et d'hostilité au Programme." (C-54).

Il n'a pas été démenti à l'époque par les représentants de l'Etat congolais.

Le Directeur Général de CTC détaille les manifestations d'hostilité : agitation des agents de l'OFIDA sur la rumeur – fausse – que ceux-ci ne seraient pas payés, l'argent ayant



servi à payer CTC ; questions agressives lors d'une conférence de presse du Ministre des Finances "avec l'appui manifeste de la délégation de l'OFIDA présente dans la salle" ; difficultés des Consultants à trouver un espace de travail, malgré l'obligation de partager les bureaux de l'OFIDA.

Dans le rapport relatif au mois de septembre 2008, CTC déclare :

"Nous continuons à rencontrer une résistance considérable quant à notre présence aussi bien au Siège de l'OFIDA que dans les Provinces" (C-55).

La nécessité de la présence de CTC fait toujours l'objet d'articles de presse orientés. A l'exception de la Province du Katanga, aucune amélioration n'est perceptible dans les relations entre la direction générale de l'OFIDA et les Consultants de CTC. Ceux-ci n'ont pas accès à toutes les informations. Le même rapport observe que le Ministre des Finances n'a pas donné clairement à l'OFIDA les instructions nécessaires sur la manière de mettre en œuvre le partenariat avec CTC.

Dans sa lettre du 18 février 2009 au Ministre du Portefeuille, M. OUTHWAITE déplore n'avoir toujours pas d'espace de travail au sein de l'OFIDA, n'avoir qu'un accès restreint aux informations, ne pouvoir collaborer avec AUFS qui se retranche derrière la confidentialité et les conflits potentiels d'intérêts pour refuser d'informer CTC sur ce qu'elle s'était engagée à fournir à l'OFIDA et sur les délais de livraison (C-76).

La lettre du 12 mai 2009 rendant compte aux Ministres des Finances et du Portefeuille de l'activité de CTC de janvier à mai 2009 fait encore part de nombreuses difficultés dans les relations avec l'OFIDA. En particulier, CTC déplore la lenteur de la haute direction de l'OFIDA à approuver les recommandations qu'elle a soumises plusieurs mois auparavant. Ces recommandations étaient d'autant plus importantes qu'elles tendaient notamment à renforcer les audits internes. La lettre fait, en effet, état de cas de corruption au sein de l'OFIDA, de traitements préférentiels permettant d'outrepasser



indûment les contrôles les plus rigoureux sous prétexte d'enlèvements d'urgence, de manipulations du système informatique par changement des données (C-59).

La coopération de l'OFIDA était toujours insuffisante pour la période du 1^{er} juin au 31 août 2009 comme l'indique le Rapport d'activités pour la période du 1^{er} juin au 31 août 2009 :

"Les rapports de travail entre les Consultants, CTC et les Gestionnaires et le personnel de l'OFIDA sont faibles malgré nos efforts et l'ont, en effet, été depuis le début du Projet. La Direction de l'OFIDA n'a jamais accepté le concept de cogestion, comme l'exige le Contrat, et au niveau des Directeurs, ils ont toujours refusé de partager l'espace de bureau et de travailler quotidiennement aux côtés de nos Consultants.

Cet obstacle au progrès a été régulièrement porté à l'attention du Ministre des Finances, du Premier Ministre et auprès de la Présidence. Malheureusement, l'on constate une amélioration à peine perceptible." (C-60).

Le rapport d'activités couvrant la période du 1^{er} septembre au 31 décembre 2009 note que de bons rapports ont été établis avec certains directeurs de l'OFIDA. Cependant, pendant la période concernée, d'autres directeurs, particulièrement dans le secteur des opérations, ont manqué à leur devoir de collaboration (C-61).

161. En résumé, l'OFIDA s'est, dès le début, opposée au projet. M. RUGWIZA, actuellement Directeur Général de la DGDA et alors Administrateur Délégué Général de l'OFIDA, a admis, durant son témoignage, que l'office n'avait pas besoin d'experts mais de financement supplémentaire (Transcript, pp. 82-86). M. OUTHWAITE s'est mis en rapport avec l'OFIDA, notamment avec M. RUGWIZA et ses collaborateurs, en avril 2008 et surtout à compter du 12 mai 2008. Le souvenir de cette réunion est revenu à la mémoire de M. RUGWIZA au cours de son audition, à partir des notes de M. OUTHWAITE. M. RUGWIZA a dénié aussi une réunion le lendemain entre ses collaborateurs et M. OUTHWAITE au motif qu'il ne se souvenait pas l'avoir autorisée et qu'elle n'avait pas donné lieu à un procès-verbal. Mais, la déclaration de M. OUTHWAITE est plus crédible selon laquelle il avait été invité à cette réunion à la fin de la réunion avec M. RUGWIZA par un collaborateur de celui-ci. L'OFIDA a continué à manifester son



opposition, par exemple en refusant de communiquer les recettes douanières, ce que la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO reproche paradoxalement à CTC dans cette procédure qui reprend fidèlement les positions de l'OFIDA. Ou encore en refusant d'accueillir dans ses bureaux les experts de CTC : à telle enseigne que M. RUGWISA, sur intervention de sa hiérarchie, a dû rappeler son personnel à l'ordre (Pièces R-17 et R-18).

162. Le Tribunal est d'autant plus convaincu que la haute direction de l'OFIDA s'est refusée à une coopération loyale et efficace que celle-ci a clairement affirmé l'inutilité du contrat avec CTC. A la question du Tribunal :

"N'avez-vous pas eu l'impression, à l'OFIDA, que le contrat CTC venait jouer un peu le "trouble-fête" dans votre programme ?"

M. RUGWIZA a répondu :

"Merci, Monsieur le Président. Nous l'avons écrit dans le rapport que nous avons remis au Ministre le 29 mars (...). C'est-à-dire que nous ne comprenions pas la raison d'un nouveau contrat." (Transcript, p. 84).

163. Quelles que soient les appréciations portées sur le Contrat par la haute hiérarchie de l'OFIDA, il reste que l'Etat congolais avait pris l'engagement de faire *"usage sans faille de sa puissance, de son autorité et de son pouvoir afin de soutenir et d'appuyer l'action du Consultant"*. Il a donc méconnu l'article 14 du Contrat.

Paradoxalement, l'Etat qui s'était engagé à faciliter la mission de CTC épouse dans sa défense les positions de l'OFIDA qui s'est appliquée à rendre l'exécution du Contrat plus difficile.



3°) Les engagements de CTC

La langue des Experts

164. La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO reproche à CTC d'avoir eu un personnel essentiellement anglophone, ce qui n'aurait pas facilité la formation du personnel.

Il est manifeste – et d'ailleurs non contesté par CTC – que la grande majorité des Consultants n'étaient pas francophones (pas plus d'ailleurs que le personnel de CROWN AGENTS qui avait opéré au Mozambique et en Angola).

Cependant, le Tribunal observe que le Contrat du 5 juin 2008 n'exige en aucune de ses stipulations – et notamment pas à l'article 13.2 – que les Consultants parlent le français. Il est vrai que, implicitement, la compréhension par le personnel de l'OFIDA des Consultants chargés de leur formation postule que les uns et les autres puissent avoir un langage commun. De telles obligations implicites sont prévues à l'article 1135 du Code civil. Mais, CTC souligne – sans être démentie – qu'elle avait recours à des interprètes quand il le fallait.

165. L'unique document communiqué par la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO à titre de preuve des difficultés de communication ne concerne d'ailleurs pas la formation des agents de l'OFIDA, mais l'examen du projet de loi portant Code des douanes. Il s'agit d'un rapport à M. RUGWIZA (R-15) qui avait manifesté son hostilité à CTC ainsi qu'il a été établi précédemment.

Par ailleurs, la Défenderesse a admis elle-même que CTC avait embauché des interprètes. Le Tribunal juge ainsi l'inexécution alléguée, déduite de la langue des experts de CTC, ni suffisamment circonstanciée, ni prouvée.

L'apport prétendument insignifiant de CTC dans la réforme du Code des douanes

166. L'article 13.4 du Contrat stipule que le Consultant s'engage à :

"13.4. Proposer un cadre législatif et réglementaire adapté et souple susceptible de favoriser les échanges commerciaux internationaux et assurant en même temps la protection des intérêts de l'Etat et de la population."

167. Il résulte des termes de l'article 13.4 précité que CTC avait la mission de "*proposer un cadre législatif et réglementaire adapté*", ce qui impliquait nécessairement l'adaptation du Code des douanes à la réorganisation de l'activité. La pièce C-74 témoigne de cette nécessaire adaptation, notamment dans les modifications des contrôles et les transferts de compétence.

Quant à l'insignifiance des modifications du Code des douanes, alléguée par la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, elle ne découle pas nécessairement du petit nombre de dispositions modifiées, mais de leur contenu. Le rapport établi à l'attention de l'Administrateur Délégué Général de l'OFIDA sur les travaux de relecture du Code des douanes indique que toutes les observations ont été examinées et que 52 modifications ont été apportées au Code des douanes sur 404 articles. Parmi ces modifications, de nouvelles dispositions d'importance pour la lutte contre la fraude ont été introduites : définition de l'assistance mutuelle administrative ; introduction de la notion de contrôle par audit et octroi d'une compétence générale au Directeur des Douanes pour simplifier les procédures ; autorisation d'utilisation des nouvelles technologies d'informations ; bénéfice du perfectionnement passif au profit des usagers. Il est vrai que l'Assemblée Nationale avait voté en 2005 l'adoption d'un Code des douanes aligné sur les dispositions de la Convention de Kyoto révisée. Cependant, la commission de révision de

ce code, réunie par CTC sous la direction de Mme Patricia McCauley, ancienne Directrice Adjointe de l'OMD, a procédé aux multiples adaptations que les nouvelles procédures rendaient nécessaires en élaborant des propositions de mesures d'application et toutes les adaptations de forme nécessaires. Le Tribunal observe, au surplus, que la transformation de l'OFIDA en DGDA appelait diverses adaptations juridiques prises en charge par CTC. Une seule divergence n'a pu être résorbée sur les limitations du pouvoir judiciaire pour réduire les amendes (R-15).

Le Tribunal constate donc que la preuve de l'exécution de l'article 13.4 du Contrat est suffisamment établie par le rapport signé du Sous-Directeur du Contentieux, du Sous-directeur des douanes et du Directeur des Etudes (R-15).

L'absence d'augmentation immédiate et durable des recettes douanières

168. Le Tribunal observe d'abord que le Contrat ne met à la charge de CTC aucune obligation d'augmenter "*immédiatement et durablement*" les recettes douanières. Il s'agit de l'un des "*objectifs globaux poursuivis par le Gouvernement*", inscrit dans le préambule du Contrat d'Assistance Technique. De plus, l'augmentation des résultats, qui est un objectif certain, n'est pas stipulée comme une obligation de résultat à la charge de CTC (ce qui est normal compte tenu des paramètres qui interviennent), mais une condition de la rémunération de celle-ci.

169. Ensuite, pour les besoins de sa démonstration, la Défenderesse contredit les engagements réellement pris par les deux parties dans le Contrat. La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO avertie des recettes collectées mois par mois en 2007 et début 2008, a accepté en toute connaissance de cause de ne pas fixer le seuil prévu aux articles 3 et 6.1 des Conditions Financières en fonction de la moyenne des trois derniers mois de 2007 ou de la moyenne des premiers mois de 2008. Prendre ces trois derniers mois pour porter une appréciation sur les recettes alors que la moyenne pour 2008 est supérieure à celle de 2007 fausse donc la réalité contractuelle.

170. La même observation s'impose s'agissant de l'activité de BIVAC et AUFS. La Défenderesse ne peut fonder son raisonnement sur des données contraires au Contrat. Par ailleurs, elle ne peut prétendre qu'il conviendrait de diminuer les recettes mensuelles de l'incidence des prestations de ces sociétés : cette incidence sur les recettes n'est pas quantifiable et constitue une condition étrangère au Contrat (Supra n° 147)..

171. Le rapport d'activité de décembre 2008, auquel se réfère la Défenderesse (C-57) fait effectivement état d'"*une légère diminution [des recettes de novembre 2008] par rapport au mois précédent*". Cependant, remis dans le contexte, le constat prend une tonalité très différente puisqu'il y est expliqué que cette baisse est la conséquence momentanée des contrôles renforcés mis en place dans certains postes de douane : les importateurs choisissent alors de faire entrer les marchandises là où les contrôles sont les moins stricts, c'est-à-dire là où ne sont pas encore déployés les consultants de CTC. Cela démontre, en réalité, l'efficacité de l'intervention des Consultants et de la mise en place de contrôles plus sérieux.

172. Enfin, CTC fait observer que la crise mondiale qui s'est déclenchée fin 2008 a nécessairement eu des répercussions sur l'activité douanière, ce qui est plausible.

173. Le manquement allégué n'est donc pas démontré.

Autres manquements imputés à CTC

174. Dans son mémoire récapitulatif, la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO souligne les "*lenteurs dans le traitement des dossiers*" (R-44), la faible réalisation du Contrat par CTC (R-48), ainsi que le manque de compétence de certains consultants (R-45).

175. De l'avis du Tribunal, les manquements reprochés à CTC sont insuffisamment circonstanciés. A la lecture du compte-rendu de réunion du 28 octobre 2009 (R-44), signé du Secrétariat de l'OFIDA, on apprend que, selon CTC, "*toutes les marchandises doivent faire l'objet d'une vérification intégrale de la valeur*". Pour l'OFIDA, au contraire, "*le contrôle est, certes, obligatoire pour tous les envois mais ne peut être systématique et approfondi que pour les envois suspects*". La lenteur que reproche l'OFIDA ne peut donc être considérée comme un manquement de CTC à ses obligations. Il s'agit d'une divergence de méthode. Compte tenu des fraudes dénoncées à de multiples reprises par CTC, y compris au sein de l'OFIDA (C-56, p. 2 ; C-57, p. 4 ; C 58, p. 4 ; C-59, p. 16 ; C-60, p. 3 ; C-61, p.1), le renforcement des contrôles est de nature à augmenter les recettes. Le Tribunal ne peut y voir un manquement du Consultant à ses obligations mais, au contraire, la mise en œuvre de la réorganisation du système.

176. Le deuxième manquement dénoncé par la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO au titre des "*autres manquements*" s'appuie sur un document (R-48) de 21 pages intitulé "*éléments de réponse au questionnaire de la mission du FMI*", signé de M. RUGWIZA MAGERA, le 5 mars 2009. Il établirait la "*faible mise en œuvre du Contrat*", notamment par comparaison avec les contrats conclus avec AUFS et BIVAC.

Il apparaît clairement, dans ce document (notamment pp. 16 à 18, non paginées mais précédant la page 19) que les réalisations de BIVAC et AUFS sont listées dans le détail alors que celles de CTC sont ignorées. Les plans de réorganisation, la mise en place des audits et des contrôles sérieux, la généralisation du système informatique, les travaux d'adaptation du Code des douanes aux modifications, rien de cela n'est précisé. Les éléments de réponse de l'OFIDA, dont l'hostilité à CTC a été largement établie, n'apparaissent pas fiables. Le résumé des observations sur les réalisations de CTC, au n° 639 du Mémoire en duplique et récapitulatif de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, est fidèle à la pièce R-48.

Le Tribunal observe que les seules données susceptibles de constituer un manquement aux obligations de CTC concernent un déploiement partiel des consultants et experts, ce



dont il résulte que CTC n'a pas opéré dans toutes les provinces. Cependant, le Tribunal ne peut attribuer cette situation à un manquement de la Demanderesse. L'absence de paiements réguliers par la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO a d'évidence perturbé le plan de réorganisation des douanes. De plus, le document qui reproche la faible mise en œuvre du Contrat est daté du 5 mars 2009, soit neuf mois après la signature du Contrat. Si celui-ci avait été mené à terme, CTC aurait bénéficié de plus de quatre ans pour réaliser ses engagements.

Pour ces raisons, le Tribunal ne considère pas que le manquement dénoncé est constitué.

177. Le troisième manquement visé sous la rubrique des "*autres manquements*" s'appuie aussi sur un document rédigé par M. RUGWIZA MAGERA, devenu Directeur Général de la DGDA. Il est daté du 27 décembre 2010, près d'un an après la résiliation effective du Contrat conclu entre CTC et la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO. Le manquement sur lequel se fonde exclusivement la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO est le manque d'expérience de certains consultants de CTC. Aucun fait ne vient expliciter cette allégation, ni dans la pièce visée, ni dans le Mémoire en duplique et récapitulatif de la Défenderesse.

178. En conséquence, le Tribunal arbitral juge que les manquements de CTC au Contrat ne sont pas constitués, ni *a fortiori* prouvés.

IV. EXAMEN DES DEMANDES AU REGARD DES CONCLUSIONS QUI PRECEDENT.

179. Au vu des décisions de principe qu'il a précédemment prises, le Tribunal examine à présent et quantifie les demandes qui ne sont pas sujettes à bifurcation.



A/ Les conséquences de la validité du Contrat en la forme et au fond

180. Le Tribunal ayant décidé que le Contrat est valide, les demandes d'annulation et celles qui en découlent ne peuvent être accueillies.

Il en va de même des demandes fondées sur la lésion et la révision, jugées non fondées.

B/ Les conséquences des manquements contractuels

181. On abordera successivement la résiliation du Contrat (1°), puis les factures impayées (2°), ensuite l'indemnité de démobilisation (3°), enfin les intérêts (4°).

1°) Résiliation du Contrat

182. Les manquements de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO à ses obligations contractuelles ont été démontrés. Leur gravité est suffisante pour justifier la résiliation du Contrat. En effet, les conditions de la résiliation, telles que stipulées à l'article 8.2(a) du Contrat, sont réunies. Cette clause stipule :

"8.2. Le Consultant peut résilier le présent Contrat par notification écrite effectuée dans un délai qui ne saurait être inférieur à quatre-vingt-dix (90) jours suivant l'apparition de l'un des événements suivants :

1. Si, dans les trente (30) jours suivant réception de la notification écrite du Consultant d'un retard de paiement, l'Etat ne règle pas les sommes qui sont dues au Consultant, conformément aux dispositions du présent Contrat (...)."

183. La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO a reçu de nombreuses notifications de non-paiement à compter du 22 décembre 2008 (C-10). Elle n'a pas payé l'intégralité

des sommes alors dues dans les 30 jours. La résiliation a pris effet quelque neuf mois après la défaillance de l'Etat.

Au surplus, même en l'absence de la stipulation précitée, la résiliation aurait été justifiée selon l'article 1184 du Code civil français, tel qu'appliqué par la jurisprudence qui admet l'exception lorsque l'inexécution est grave et que la partie qui l'invoque est de bonne foi (Com. 16 juillet 1980, Bull. IV n° 197).

184. La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO ne peut invoquer une exception d'inexécution qui justifierait ses propres manquements : les manquements allégués de CTC ne sont ni suffisamment établis, ni suffisamment graves pour justifier que la Défenderesse refuse d'exécuter ses propres obligations principales.

De plus, et en admettant même que les manquements allégués à l'encontre de CTC aient pu être démontrés, l'exception n'aurait pu justifier l'inexécution que dans la mesure où elle aurait été proportionnée aux manquements de CTC. Ce ne serait pas le cas puisque la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO a manqué à deux obligations essentielles qui devaient concourir, l'une et l'autre, à la bonne exécution du Contrat : rémunérer régulièrement le Consultant et empêcher l'OFIDA d'entraver les initiatives de CTC.

185. En conclusion, CTC est en droit de tirer les conséquences des manquements de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO.

2°) Factures impayées

186. A ce titre, CTC réclame sa rémunération fixe (a), puis variable (b), enfin le solde de l'indemnité de mobilisation (c).

187. Le Tribunal arbitral a pris connaissance des développements de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO relatifs aux montants, prétendus excessifs, stipulés tant en ce qui concerne l'indemnité de mobilisation que la rémunération des prestations mensuelles fixes et variables, toutes incluses dans les factures contestées devant le Tribunal arbitral (Mémoire en Duplique et Récapitulatif, section 4.3.1.a). Pour intéressants qu'ils soient, ces développements ne peuvent avoir d'incidence sur la solution du litige : le Tribunal arbitral est tenu d'appliquer le droit français dont on a vu qu'il ne permettait, dans les circonstances exposées, aucune révision. Le Tribunal n'est, par ailleurs, pas investi d'une mission d'amiable composition. En conséquence, ni l'indemnité de mobilisation, ni les montants fixes, ni les bases de calcul des montants variables ne peuvent être modifiés.

188. La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO en était bien consciente en cours de Contrat puisqu'elle n'a pas contesté les factures reçues mensuellement. A cela, elle a objecté que les tentatives d'avenants au Contrat établissent une forme de contestation. L'argument n'est pas convaincant : l'avenant est une modification au Contrat, ce que ne pouvait ignorer l'Etat congolais. Sans accord sur les avenants proposés de part ou d'autre, le Contrat conclu le 5 juin 2008 gardait intacte sa force obligatoire. Les paiements partiels effectués par la Défenderesse tout au long du Contrat renforcent la conviction que celle-ci était consciente d'avoir à respecter les termes du contrat.

189. S'agissant d'abord des rémunérations, le Tribunal arbitral a été saisi de deux contestations relatives à l'interprétation des stipulations du Contrat et des Conditions Financières :

- L'augmentation des recettes de 25 % par rapport à la moyenne mensuelle des recettes de l'année 2007 constitue-t-elle une condition de paiement de l'ensemble des rémunérations fixes ? (a)
- Pour l'application de l'article 6 des Conditions Financières relatif aux rémunérations variables, les recettes doivent-elles être calculées en Dollars US ou en Francs congolais ? (b)

Ces questions d'interprétation seront examinées à propos des montants dus au titre des factures impayées.



(a) La rémunération fixe

190. Les parties interprètent différemment l'article 3 des Conditions Financières.

Selon la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, l'augmentation des recettes de 25 % par rapport à la moyenne mensuelle des recettes de 2007 serait une condition de paiement applicable à toute facture de CTC durant l'exécution du Contrat.

Selon CTC, cette augmentation constituerait le point de départ à partir duquel les paiements prévus par le Contrat seraient dus.

191. L'article 3 stipule sous le titre "*commencement des paiements*" :

"Aucun paiement ne sera dû au Consultant avant que celui-ci n'ait réalisé ses premiers résultats par l'augmentation des Recettes Douanières d'au moins vingt-cinq (25) pourcent par rapport à la moyenne mensuelle de Recettes Douanières réalisées actuellement par l'OFIDA fixée à l'équivalent de quarante-cinq millions (45.000.000-) Dollars américains, soit vingt-trois milliards cent trente-huit millions six cents cinquante-huit mille six cents soixante-dix (23.138.658.670-) Francs congolais."

Le Tribunal est d'avis que la stipulation fixe le point de départ des paiements auxquels l'Etat s'est engagé. Rien ne démontre, ni même ne suggère, que l'Etat soit dégagé de tout paiement si postérieurement au commencement des paiements, les recettes n'atteignent pas le seuil déterminé augmenté de 25 % pour un mois donné.

Le titre "*commencement des paiements*" explicite parfaitement l'objectif recherché par la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO : disposer de recettes suffisantes pour payer à la fois l'indemnité de mobilisation et les rémunérations, ce qui suppose une augmentation sensible des recettes, impossible à obtenir en tout début d'exécution du contrat.

L'article 19 du Contrat d'Assistance Technique confirme cette interprétation :

"Les conditions Financières du Contrat (...) représentent les rémunérations et honoraires qui seront dus par l'Etat au Consultant en contrepartie des prestations de ce dernier.

Toutefois, ces rémunérations ne seront dues et payées qu'après une période dans laquelle l'action du Consultant aura engendré ses premiers résultats positifs tel que fixé dans les Conditions Financières."

L'article 5.3 des Conditions Financières confirme lui aussi que l'article 3 a pour vocation de fixer la date de commencement des paiements et non de priver le Consultant de sa rémunération si les recettes d'un mois donné ne sont pas en augmentation de 25 % au moins par rapport à la moyenne mensuelle des recettes douanières fixées à 45.000.000 USD, soit 23.138.658.670 FRS congolais. En effet, cet article stipule :

« Tous les montants des rémunérations relatives à la période des premiers mois avant l'échéance de la date du commencement des paiements, tel que prévu à l'article 3 seront ajoutés au premier paiement effectif qui sera payé par l'Etat à travers la BCC ».

Cela établit avec certitude que les parties n'ont jamais entendu priver CTC des honoraires fixes puisqu'ils s'additionnent à ceux qui sont dus dès que l'augmentation de 25 % est constatée.

192. Le Tribunal observe que la facture afférente au mois de septembre 2008 – mois au cours duquel les recettes ont augmenté de 25 % au moins – ajoute effectivement les honoraires des mois précédents et l'indemnité de mobilisation jusqu'alors impayés. Il constate que cette facture n'a pas été contestée, pas plus d'ailleurs que la lettre de CTC en date du 18 décembre 2008 qui rappelait l'ensemble des paiements dus et non honorés.

De plus, les autres stipulations relatives aux rémunérations, confirment bien que *"pendant toute la durée du Contrat, l'Etat s'engage à payer à la fin de chaque mois"* et que



"A la fin de chaque mois calendrier, le consultant adressera à l'Etat une facture." (Art. 5 des Conditions Financières).

193. Au vu de ces stipulations, le Tribunal arbitral juge qu'à compter de septembre 2008, mois au cours duquel les recettes ont dépassé le seuil fixé contractuellement de 25 % au moins, les rémunérations étaient dues chaque mois conformément aux articles 5 et 6 des Conditions Financières. La prétention de la Défenderesse de ne rien payer pour les mois de janvier, mars, avril, mai, juin et août 2009, dont les recettes n'auraient pas dépassé de 25 % le seuil fixé contractuellement, est mal fondée.

Calcul de la rémunération fixe

194. La rémunération mensuelle fixe est constituée d'une somme forfaitaire de 500.000 USD et 32.000 USD pour chaque consultant ou expert recruté et déployé (Art. 5 des Conditions Financières). Chaque facture émise par CTC indique l'identité et le nombre de consultants déployés pendant le mois concerné.

195. La contestation de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO relative à la présence des consultants a été précédemment examinée. Elle portait sur la présence de huit consultants qui n'avaient pas été déployés sur site pendant la totalité du mois facturé. CTC a admis de défalquer du montant impayé l'équivalent de huit mois de rémunération fixe de consultants, soit 256.000 USD. Le montant des rémunérations fixes, intérêts exclus à ce stade, est donc celui qu'indique la pièce corrigée C-77bis, soit **49.064.000 USD** (voir ci-après un extrait de la pièce C-77 bis).



Nb de mois	Montant fixe facturé	Nb consultant s	Montant facturé consultants	Frais de mobilisation	Montant forfaitaire facturé USD
(2)					
Cf. Pièce C-22 à C-26					
1	facturé en sept (art.5.3	19	facturé en sept (art.5.3	-	-
1	facturé en sept (art.5.3	31	facturé en sept (art.5.3	-	-
1	1 500 000	44	3 008 000	7 500 000	12 008 000
1	500 000	49	1 568 000	0	2 068 000
1	500 000	56	1 792 000	0	2 292 000
1	500 000	56	1 792 000	0	2 292 000
1	500 000	60	1 920 000	0	2 420 000
1	500 000	57	1 824 000	0	2 324 000
1	500 000	58	1 856 000	0	2 356 000
1	500 000	58	1 856 000	0	2 356 000
1	500 000	58	1 856 000	0	2 356 000
1	500 000	57	1 824 000	0	2 324 000
1	500 000	57	1 824 000	0	2 324 000
1	500 000	56	1 792 000	0	2 292 000
1	500 000	59	1 888 000	0	2 388 000
1	500 000	61	1 952 000	0	2 452 000
1	500 000	63	2 016 000	0	2 516 000
1	500 000	45	1 440 000	0	1 940 000
-	-	-	-	-	-
-	-	-	-	-	-
					49 064 000

(a) La rémunération variable mensuelle

196. Les Parties interprètent différemment l'article 3 des Conditions Financières auquel renvoie l'article 6 relatif aux rémunérations variables. La détermination de ces rémunérations dépend de l'augmentation des recettes douanières mensuelles de l'OFIDA. CTC soutient que ces recettes doivent être calculées en francs congolais alors que la REPUBLIQUE DU CONGO prétend qu'elles doivent être calculées en dollars.

197. Selon CTC, il convient de distinguer le dollar du taux de change. La loi congolaise impose le paiement des droits de douane dans la monnaie nationale. Le Contrat stipule que CTC sera payée en dollars. Il convient donc de calculer les recettes en francs

congolais, puis de calculer la rémunération du Consultant en dollars. Le Contrat est clair. On ne peut lui faire dire ce qu'il n'exprime pas.

CTC ajoute que c'est à la demande du Gouvernement qu'a été mis en place un seuil en francs congolais. Elle rappelle que les Ministres des Finances, du Budget et du Portefeuille ont signé le Contrat et que l'on ne peut sous-estimer la compréhension qu'ils en ont eue. Toujours selon CTC, le taux de change est conceptuellement différent de la monnaie de paiement. CTC observe que l'Afrique était en 2008 le seul continent dont la croissance était donnée comme certaine. L'évolution du taux de change aurait pu être inverse et profiter à la REPUBLIQUE DU CONGO. Le Contrat fait la loi des parties même s'il tourne en défaveur de l'une d'entre elles. CTC souligne que la REPUBLIQUE DU CONGO n'a jamais contesté, en cours d'exécution du Contrat, le calcul des recettes en francs congolais (Transcript, p. 209 et suivantes).

198. La REPUBLIQUE DU CONGO considère que l'article 3 des Conditions Financières doit être interprété en fonction du Contrat. Toutes les clauses se réfèrent au dollar. C'est donc la monnaie de compte. De plus, si l'article 3 avait imposé un calcul en franc congolais, il aurait été simple de le préciser.

La défenderesse fait observer que l'économie congolaise est "*dollarisée*", ce qui explique que le calcul des recettes doit se faire dans cette monnaie.

Enfin, la REPUBLIQUE DU CONGO fait valoir, exemples à l'appui, que la dévaluation du franc congolais par rapport au dollar US entraîne mécaniquement une hausse des recettes fiscales, purement artificielle, ouvrant droit au paiement des rémunérations variables de l'article 6. Selon ses calculs, la progression est nulle en dollars lorsque celui-ci dépasse 643 FRS congolais (le taux de change de l'article 3 était 1 USD = 514 FRS congolais). La défenderesse soutient que l'interprétation ne doit pas consacrer l'absurdité qui consiste à récompenser les hausses artificielles de recettes douanières.

En conséquence, elle soutient qu'il convient de déterminer les recettes en recalculant l'équivalent de 45 millions USD suivant le taux de change du moment pour apprécier s'il y a augmentation de recettes et dans quelle tranche se situe l'augmentation (Transcript, pp. 209 et suiv. et pp. 235 et suiv., et Mémoire en Duplique et Récapitulatif, n° 245 et suiv.).

Position du Tribunal

199. Le Tribunal constate que l'article 6 des Conditions Financières stipule que :
"(...) l'Etat s'engage à payer au Consultant des Honoraires Mensuels variables calculés sur les tranches des augmentations réalisées effectivement sur les Recettes Douanières."

Les tranches d'augmentation mensuelle sont calculées par rapport à la moyenne mensuelle des Recettes douanières réalisées par l'OFIDA *"fixée à l'équivalent de 45 millions de Dollars américains, soit 23.138.658.670 Francs congolais"* conformément à l'article 3 auquel il est renvoyé.

200. Le Tribunal arbitral n'ignore pas que le Franc congolais est la monnaie nationale et que les taxes et droits de douane sont payés en cette monnaie. Mais, ces considérations ne démontrent pas que certains paiements ne puissent pas être calculés et payés en dollars américains. La *"dollarisation"* de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO est un fait connu que la demanderesse aurait d'ailleurs vainement nié. Lorsqu'il aborde les stipulations d'ordre financier, le Contrat fixe les montants en dollars (indemnité de mobilisation et, indirectement, de démobilisation). Il ne s'agit donc pas seulement de la monnaie de paiement, mais aussi de la monnaie de compte.

201. La rédaction-même de l'article 3 confirme que la fixation elle-même de la référence de la rémunération est exprimée en dollars : *"fixée à l'équivalent de 45 millions USD"*. La mention *"45.000.000 Dollars américains, soit 23.138.658.670 Francs congolais"*



confirme que la rémunération se fixe en dollars par le choix d'un chiffre rond. On imagine difficilement que la référence en francs congolais aurait été fixée à une somme calculée au centime près. De plus, il est normal que, pour les recettes douanières, qui sont assises sur des prix d'import-export, la référence soit le dollar US, monnaie internationale par excellence.

202. Lors de l'audience du 28 octobre 2014, la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO a démontré, exemples à l'appui, que la fixation des honoraires variables par référence au Franc congolais gonflait artificiellement l'augmentation des recettes. Ainsi la rémunération variable, que l'article 6 justifie par le souci de "*motiver et récompenser la bonne performance*", pouvait-elle résulter, en réalité, de la dévaluation du Franc congolais par rapport au Dollar US. Le Tribunal constate ainsi que les honoraires variables, comptabilisés en Francs congolais, à titre de monnaie de compte, ne seraient pas "*calculés sur les tranches des augmentations réalisées effectivement sur les recettes douanières*", comme l'exige l'article 6 précité.

CTC a certes fait valoir que l'aléa de la dévaluation ne devait pas entamer la force obligatoire du Contrat et qu'il pouvait peser sur l'une ou l'autre des parties. Mais, c'est là préjuger de l'interprétation en cause. De plus, l'argument du risque financier aurait été plus convaincant si CTC avait pu donner quelque signe de risques de dépréciation de l'une ou l'autre devise. Or, CTC n'a pas cherché à convaincre le Tribunal arbitral de la probabilité de la dévaluation du dollar par rapport au Franc congolais en mai 2008 lorsque le Contrat a été conclu.

203. Pour l'ensemble de ces raisons, le Tribunal juge que la défenderesse fait une exacte lecture de l'article 6 des Conditions Financières renvoyant à l'article 3 en précisant que "*tous les mois, on doit à chaque fois recalculer à quoi correspond l'équivalent de 45 M USD suivant le taux de change du moment et, ensuite, on voit s'il y a eu progression*" (Transcript, p. 236, lignes 14 à 16).



Calcul de la rémunération variable

204. Pour calculer la rémunération variable, il faut partir de l'article 6 des conditions financières qui stipule :

"Article Sixième : Honoraires variables

En plus des rémunérations mensuelles ci-dessus, et afin de motiver et récompenser la bonne performance, l'Etat s'engage à payer au Consultant des Honoraires Mensuels Variables calculés sur les tranches des augmentations réalisées effectivement sur les recettes Douanières.

6.1. Les Honoraires Mensuels Variables sont fixés de la manière suivante :

(a) Trente Cinq (35) pourcent d'augmentation mensuel de la tranche des recettes engendrés par rapport à la moyenne des Recettes Douanières réalisées par l'OFIDA telle que fixée dans l'"Article Troisième" ci-dessus, et ce jusqu'à la tranche d'augmentation de deux cents (200) pourcent.

(b) Trente (30) pourcent de la tranche d'augmentation mensuelle des recettes engendrés par rapport à la moyenne des Recettes Douanières réalisées par l'OFIDA telle que fixée dans l'"Article Troisième" ci-dessus, et ce à partir du moment où l'augmentation dépasse deux cents (200) pourcent mais reste inférieure à quatre cents (400) pourcent.

(c) Vingt Cinq (25) pourcent de la tranche d'augmentation mensuelle des recettes engendrés par rapport à la moyenne des Recettes Douanières réalisées par l'OFIDA telle que fixée dans l'"Article Troisième" ci-dessus, et ce à partir du moment où l'augmentation dépasse quatre cents (400) pourcent.

6.2. A la fin de chaque mois calendrier, le Consultant adressera à l'Etat une facture reprenant le montant des recettes réalisées durant le mois précédent, et le montant total des Honoraires Mensuels Variables à payer. Une copie de cette facture sera transmise à la Banque Centrale du Congo (BCC) pour paiement."

La monnaie de compte étant le dollar US, le seuil de déclenchement, selon l'article 3 des conditions financières, est de 45 M USD majoré de 25 % = 56,250,000 USD.



CTC a omis par erreur cette majoration de 25 % dans ses tableaux pertinents.

Les deux parties ont, à partir de là, différé dans leur méthode.

CTC calculait la variation en FC avant de la transformer en USD et de lui appliquer, le cas échéant, la prime de 35 %.

La RDC maintenait le calcul en USD, dégageait la variation dans cette monnaie et lui appliquait, le cas échéant, la prime de 35 %.

Les deux méthodes donnent des résultats très différents en raison de la constante dévaluation du Franc congolais à l'égard du dollar US.

Ces différences apparaissent clairement en comparant les pièces C-77 bis et R-25 bis des parties. Les voici :



Tableau de CTC (C 77 bis)

Mois	Revenus de base en CDF	Revenus réels en CDF	Augmentation / revenus de base	% d'augmentation	35% de l'augmentation	Taux de change CDF / USD	Montant variable facturé USD
							(1)
juli-08	-	-	-	-	-	-	-
août-08	-	-	-	-	-	-	-
sept-08	23 138 658 670	41 741 454 366	18 602 795 696	80%	6 510 978 494	560,58	11 614 718
oct-08	23 138 658 670	43 731 542 669	20 592 883 999	89%	7 207 509 400	567,32	12 704 487
nov-08	23 138 658 670	43 969 569 236	20 830 910 566	90%	7 290 818 698	582,25	12 521 801
déc-08	23 138 658 670	41 915 552 737	18 776 894 067	81%	6 571 912 923	605,92	10 846 173
janv-09	23 138 658 670	38 512 017 364	15 373 358 694	66%	5 380 675 543	680,83	7 903 112
févr-09	23 138 658 670	42 910 566 107	19 771 907 437	85%	6 920 167 603	728,98	9 492 946
mars-09	23 138 658 670	43 285 790 244	20 147 131 574	87%	7 051 496 051	790,88	8 916 013
avr-09	23 138 658 670	42 261 292 587	19 112 633 917	83%	6 689 421 871	835,41	8 007 352
mai-09	23 138 658 670	41 842 048 717	18 703 390 047	81%	6 546 186 516	787,70	8 310 507
juin-09	23 138 658 670	35 115 130 442	11 976 471 772	52%	4 191 765 120	766,08	5 471 850
juli-09	23 138 658 670	51 125 580 920	27 986 922 250	121%	9 795 422 788	770,86	12 707 136
août-09	23 138 658 670	40 030 141 422	16 891 482 752	73%	5 912 018 963	802,63	7 365 809
sept-09	23 138 658 670	51 281 344 298	28 142 685 628	122%	9 849 939 970	841,06	11 711 340
oct-09	23 138 658 670	57 845 635 874	34 706 977 204	150%	12 147 442 021	869,30	13 973 820
nov-09	23 138 658 670	58 278 365 921	35 139 707 251	152%	12 298 897 538	898,82	13 683 352
déc-09	23 138 658 670	57 000 924 948	33 862 266 278	146%	11 851 793 197	904,58	13 101 985
janv-10	23 138 658 670	52 285 699 187	29 147 040 517	126%	10 201 464 181	909,94	11 211 139
févr-10	-	-	-	-	-	-	-
mars-10	-	-	-	-	-	-	-
TOTAL au 31 mars 2010							179 543 570



Tableau de la RDC (R 25bis)

Pièce R-25bis

	Moyenne réelle (a)	Recettes enregistrées (b)	Augmentation (c)	Taux d'accroissement (d)	Honoraires variables en USD (e)
Septembre 2008	31'640'816'940.00 FC 56'443'000.00 USD ⁽¹⁾	41'741'897'224.89 FC 74'461'980.85 USD ⁽¹⁾	10'101'080'284.89 FC 18'018'980.85 USD ⁽¹⁾	32%	6'306'643.30
Octobre 2008	32'021'242'760.00 FC 56'443'000.00 USD ⁽¹⁾	43'791'542'668.36 FC 77'084'436.77 USD ⁽¹⁾	11'710'299'908.36 FC 20'641'436.77 USD ⁽¹⁾	37%	7'224'502.87
Novembre 2008	32'863'936'750.00 FC 56'443'000.00 USD ⁽¹⁾	43'731'542'669.74 FC 75'107'844.86 USD ⁽¹⁾	10'867'605'919.74 FC 18'664'844.86 USD ⁽¹⁾	33%	6'532'695.70
Décembre 2008	34'199'942'560.00 FC 56'443'000.00 USD ⁽¹⁾	41'915'552'735.18 FC 69'176'711.01 USD ⁽¹⁾	7'715'610'175.18 FC 12'733'711.01 USD ⁽¹⁾	23%	
Janvier 2009	38'428'087'690.00 FC 56'443'000.00 USD ⁽¹⁾	38'512'017'362.28 FC 56'566'275.52 USD ⁽¹⁾	83'929'672.28 FC 123'275.52 USD ⁽¹⁾	0%	
Février 2009	41'145'818'140.00 FC 56'443'000.00 USD ⁽¹⁾	42'910'566'107.17 FC 58'863'845.52 USD ⁽¹⁾	1'764'747'967.17 FC 2'420'845.52 USD ⁽¹⁾	4%	
Mars 2009	44'639'639'840.00 FC 56'443'000.00 USD ⁽¹⁾	43'285'790'244.60 FC 54'731'173.18 USD ⁽¹⁾	-1'353'849'595.40 FC -1'711'826.82 USD ⁽¹⁾	-3%	
Avril 2009	47'133'046'630.00 FC 56'443'000.00 USD ⁽¹⁾	42'251'292'581.78 FC 50'575'516.91 USD ⁽¹⁾	-4'901'754'048.22 FC -5'867'483.09 USD ⁽¹⁾	-10%	
Mai 2009	44'460'151'100.00 FC 56'443'000.00 USD ⁽¹⁾	41'842'048'191.30 FC 53'119'269.00 USD ⁽¹⁾	-2'618'102'908.70 FC -3'923'731.00 USD ⁽¹⁾	-6%	
Juin 2009	43'238'724'580.00 FC 56'443'000.00 USD ⁽¹⁾	35'115'130'441.08 FC 45'838'616.35 USD ⁽¹⁾	-8'123'594'138.92 FC -10'604'383.65 USD ⁽¹⁾	-19%	
Juillet 2009	43'509'650'980.00 FC 56'443'000.00 USD ⁽¹⁾	51'125'580'919.64 FC 66'322'783.54 USD ⁽¹⁾	7'615'929'939.64 FC 9'879'783.54 USD ⁽¹⁾	18%	
Août 2009	45'302'280'660.00 FC 56'443'000.00 USD ⁽¹⁾	40'030'141'422.40 FC 49'874'338.32 USD ⁽¹⁾	-5'272'139'237.60 FC -6'568'661.68 USD ⁽¹⁾	-12%	
Septembre 2009	47'471'949'580.00 FC 56'443'000.00 USD ⁽¹⁾	51'281'344'294.48 FC 60'972'278.19 USD ⁽¹⁾	3'809'394'714.48 FC 4'529'278.19 USD ⁽¹⁾	8%	
Octobre 2009	49'065'899'900.00 FC 56'443'000.00 USD ⁽¹⁾	57'845'635'176.80 FC 66'542'776.00 USD ⁽¹⁾	8'779'735'276.80 FC 10'099'776.00 USD ⁽¹⁾	18%	

1



Novembre 2009	50'732'097'260.00 FC 56'443'000.00 USD ⁽¹⁵⁾	58'278'365'922.15 FC 64'838'750.72 USD ⁽¹⁵⁾	7'546'268'662.15 FC 8'395'750.72 USD ⁽¹⁵⁾	15%	
Décembre 2009	51'057'208'940.00 FC 56'443'000.00 USD ⁽¹⁶⁾	57'000'924'948.52 FC 63'013'691.38 USD ⁽¹⁶⁾	5'943'716'008.52 FC 6'570'691.38 USD ⁽¹⁶⁾	12%	
Janvier 2010	51'359'743'420.00 FC 56'443'000.00 USD ⁽¹⁷⁾	52'285'699'182.95 FC 57'460'600.90 USD ⁽¹⁷⁾	925'955'762.95 FC 1'017'600.90 USD ⁽¹⁷⁾	2%	
Total des honoraires variables dus à CTC en application du seuil de 56.443.000 USD :					USD 20'063'841.87

- (1) Conversion effectuée en application du taux de 560.58 retenu par CTC dans sa facture de mois de septembre 2008.
 (2) Conversion effectuée en application du taux de 567.32 retenu par CTC dans sa facture de mois de octobre 2008.
 (3) Conversion effectuée en application du taux de 582.25 retenu par CTC dans sa facture de mois de novembre 2008.
 (4) Conversion effectuée en application du taux de 605.92 retenu par CTC dans sa facture de mois de décembre 2008.
 (5) Conversion effectuée en application du taux de 680.83 retenu par CTC dans sa facture de mois de janvier 2009.
 (6) Conversion effectuée en application du taux de 728.98 retenu par CTC dans sa facture de mois de février 2009.
 (7) Conversion effectuée en application du taux de 790.88 retenu par CTC dans sa facture de mois de mars 2009.
 (8) Conversion effectuée en application du taux de 835.41 retenu par CTC dans sa facture de mois de avril 2009.
 (9) Conversion effectuée en application du taux de 787.7 retenu par CTC dans sa facture de mois de mai 2009.
 (10) Conversion effectuée en application du taux de 766.06 retenu par CTC dans sa facture de mois de juin 2009.
 (11) Conversion effectuée en application du taux de 770.86 retenu par CTC dans sa facture de mois de juillet 2009.
 (12) Conversion effectuée en application du taux de 802.62 retenu par CTC dans sa facture de mois d'août 2009.
 (13) Conversion effectuée en application du taux de 841.06 retenu par CTC dans sa facture de mois de septembre 2009.
 (14) Conversion effectuée en application du taux de 869.30 retenu par CTC dans sa facture de mois d'octobre 2009.
 (15) Conversion effectuée en application du taux de 898.82 retenu par CTC dans sa facture de mois de novembre 2009.
 (16) Conversion effectuée en application du taux de 904.58 retenu par CTC dans sa facture de mois de décembre 2009.
 (17) Conversion effectuée en application du taux de 909.94 retenu par CTC dans sa facture de mois de janvier 2010.

Pièce n°R-25bis - Tableau reprenant les montants dus à CTC en application du seuil de 56.443.000 USD

CTC prend comme base l'article 3 des Conditions Financières sans le majorer de 25 %, ce qui n'est pas conforme au Contrat. A cette différence près, ces deux tableaux sont comparables, sauf sur le choix de la monnaie de référence. On suivra celui de la RDC en lui apportant les retouches nécessaires pour le rendre conforme.

Les revenus réels mensuels sont identiques dans les deux tableaux. Le reste est une opération mathématique à effectuer à chaque période, au taux de change identique chez les deux parties.

Le Tableau RDC aboutit avant retraitement à 20.063.841,87 USD. Mais, il intègre diverses erreurs : la rémunération de l'article 6 est positive. Elle n'est pas réduite si le seuil n'est pas atteint, ce que le tableau RDC ne respecte pas. D'autre part, il n'est pas nécessaire, comme il a été jugé (*supra* n° 190 et suiv.), que le seuil soit atteint chaque mois. Dès lors, toute augmentation devait donner lieu à rémunération à 35 %. Cela permet de rémunérer les mois suivants (calcul arrondi à l'unité par défaut) :

Mois	Montant	%	Total USD
SEPTEMBRE 2008	18.018.980	35	6.306.643
OCTOBRE 2008	20.641.436	35	7.224.502.87
NOVEMBRE 2008	18.664.844.86	35	6.532.695.70
DECEMBRE 2008	12.733.711	35	4.456.798
FEVRIER 2009	2.420.845	35	847.295
JUILLET 2009	9.879.783	35	3.457.924
SEPTEMBRE 2009	4.529.278	35	1.585.247
OCTOBRE 2009	10.099.776	35	3.534.921
NOVEMBRE 2009	8.395.750	35	2.938.512
DECEMBRE 2009	6.570.691	35	2.299.741
JANVIER 2010	1.017.600	35	356.160
Total de la rémunération variable selon le tableau de la RDC retraité.			39.540.439

(c) Indemnité de mobilisation

205. La Défenderesse n'a pas sérieusement contesté le solde impayé de l'indemnité de mobilisation, ni dans son principe qu'aucun argument juridique ne soutient, ni dans son montant. En conséquence, le solde impayé de l'indemnité de mobilisation, inclus dans la facturation, est dû intégralement. Il s'élève à **3.091.908,72 USD.**

Récapitulatif

206. Au vu de ce qui a été décidé ci-dessus, le montant dû par la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO au titre des factures impayées s'élève à la somme totale de **3.091.908 USD + 49.064.000 USD + 39.540.439 USD, soit 91.696.347 USD.**

3°) Indemnité de démobilisation

207. CTC demande le paiement d'une indemnité contractuelle de démobilisation et de rapatriement de personnel égale à 3.750.000 USD. Cette indemnité est prévue à l'article 9 du Contrat d'Assistance Technique "*dans le cas où, pour une quelconque raison, le présent Contrat est résilié avant son terme de cinq ans*".

La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO soutient que l'indemnité de démobilisation doit être réduite sur le fondement de la clause pénale. A supposer même que l'article 9 du Contrat d'Assistance Technique puisse s'analyser en une clause pénale, ce qui est discutable, une réduction du montant ne serait envisageable que s'il était démontré que celui-ci est manifestement excessif eu égard aux coûts totaux de la démobilisation. L'article 1152 al. 2 du Code civil subordonne, en effet, le pouvoir du juge à réduire la clause pénale à son caractère "*manifestement excessif*".

208. Or, cette démonstration n'a pas été faite. Contrairement à ce que suggère le titre de l'article 9 : « *Rapatriement du personnel du Consultant* », la stipulation elle-même se réfère plus précisément à « *une indemnité de démobilisation et de rapatriement* ». La démobilisation impliquait donc l'indemnisation de chaque consultant pour rupture du contrat avant terme ainsi que celle de tous les contrats induits – locations immobilières, locations de véhicules, de matériel, contrats conclus avec le personnel recruté sur place, tels les chauffeurs, gardiens, membres de la sécurité, employés de bureau, déménagements et rapatriement dans les pays d'origine. La démobilisation est donc une opération coûteuse.

On ne peut même pas considérer que lors de la démobilisation effective, de nombreux consultants avaient déjà quitté le site. Il résulte, en effet, des factures communiquées par la demanderesse que, fin 2009, les consultants étaient encore très nombreux : 63 en décembre, 61 en novembre, 60 en octobre. Les partants ont été remplacés (C-23).

209. En l'absence de tentative de preuve d'un coût manifestement excessif, à la charge de l'Etat congolais, l'indemnité de démobilisation ne peut être réduite.

Il sera donc fait droit à la demande de paiement de l'indemnité de démobilisation fixée à **3.750.000 USD.**

4°) Les intérêts sur les sommes dues

210. CTC demande le paiement de tous intérêts moratoires sur toute créance échue "conformément au Contrat et suivant les modalités que le Tribunal jugera applicables" et la fixation du montant des intérêts échus à la date de la sentence partielle d'une part, puis finale d'autre part.

211. La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO conteste d'abord le champ d'application de l'article 9 des Conditions Financières qui prévoit le taux des intérêts de



retard des paiements. Elle soutient qu'est applicable aux faits de l'espèce l'article L.441-3 du Code de commerce français, faute de facturation conforme à cette disposition, ce qui conduit à la modification du taux d'intérêt contractuel. Subsidiairement, cette réduction du taux s'imposerait en application des articles 1152 alinéa 2 et 1231 du Code civil français ainsi que des textes relatifs à l'usure.

212. Le Tribunal examinera successivement :

- (a) le champ d'application de l'article 9 des Conditions Financières ;
- (b) l'application de l'article L.441-3 C. com. ;
- (c) l'application des articles 1152 alinéa 2 et 1231 C. civ. ;
- (d) l'application de l'article L.313-5 du Code Monétaire et Financier ;
- (e) le point de départ du taux des intérêts.

(a) *Le champ d'application de l'article 9 des Conditions Financières.*

213. CTC considère que tout paiement tardif de l'Etat congolais ouvre droit à des intérêts au taux stipulé par l'article 9. La Défenderesse soutient, pour sa part, que CTC n'a aucun droit à obtenir des intérêts au taux de 1,5 % mensuel, soit au taux annuel de 18 %, sur les paiements autres que les factures. Le taux légal s'impose alors en vertu de l'article 1153 du Code civil pour les montants autres qui seraient dus. Les factures ayant porté sur tous les montants dus, à l'exception de l'indemnité de démobilisation, l'enjeu du moyen soulevé concerne cette dernière indemnité.

214. L'article 9 des Conditions Financières stipule :

"Article Neuvième : Retard de Paiement

Les montants dus par l'Etat au Consultant ainsi que les factures de ce dernier sont payables par la BCC à vue, et au plus tard dans les cinq (5) jours ouvrables après la date de leur réception.

Tout retard qui interviendra sur les paiements ci-dessus produira, au bénéfice du Consultant, un intérêt mensuel fixé à Un et Demi (1,5) pourcent.

Le taux d'intérêt fixé par l'article 9 s'applique à « *tout retard..(..)..sur les paiements ci-dessus* ». Or, « *les paiements ci-dessus* » sont ceux que vise l'alinéa précédent, soit les « *montants dus par l'Etat* » et « *les factures du Consultant* ». La liaison « *ainsi que* »

l'exprime l'inclusion des factures ce qui n'exclut en rien l'ensemble des paiements dus par l'Etat.

En conséquence, et sans préjuger du taux retenu, le Tribunal constate que la volonté des parties a été d'assortir tout paiement tardif d'un intérêt conventionnel.

(b) L'application de l'article L.441-3 C. com.

215. Ensuite, s'agissant même des paiements sur factures, la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO considère que les intérêts ne sont pas dus aux termes de l'article L.441-3 du Code de commerce français. Cette disposition pose que "*tout achat de produit ou toute prestation de service pour une activité professionnelle doivent faire l'objet d'une facturation. La facture mentionne la date à laquelle le règlement doit intervenir (...), le taux des pénalités exigibles le jour suivant la date de règlement inscrite sur la facture.*" Or, ces mentions ne sont pas portées sur les factures, ce qui est sanctionné par un refus d'application du taux aux factures incomplètes et la substitution du "*taux d'intérêt appliqué par la Banque Centrale Européenne à son opération de refinancement la plus récente, majorée de 10 points de pourcentage*". La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO en déduit que le taux devrait être réduit au taux de la BCE majoré de 10 points de pourcentage comme le prévoit l'article L.441-6 C. com. (Mémoire en duplicata et récapitulatif, §§ 662 et 663).

216. CTC fait valoir que les factures laissent apparaître le taux des pénalités par une simple division du montant des intérêts de la facture d'un mois donné par ceux du mois précédent, ce qui aboutit à 1,5 %. Quant à la date du règlement, il est établi qu'il devait intervenir dans les 5 jours de la réception de la facture. La seule sanction prévue est d'ailleurs pénale (art. L.441-5), donc inapplicable faute d'être commise sur le territoire de la République. Elle souligne que le taux de substitution de la BCE, proche de 0, n'a rien à voir avec l'Afrique, où les taux sont infiniment plus élevés. Il est artificiel. CTC souligne encore que les dispositions relatives aux paiements tardifs n'ont pas la finalité que leur prête la Défenderesse : la finalité du texte controversé était de lutter contre les



paiements tardifs dans les cas où les intérêts de retard n'étaient pas prévus ce qui n'est pas le cas.

217. L'article L.441-3 du Code de commerce français dispose notamment :

"Tout achat de produit ou toute prestation de service pour une activité professionnelle doivent faire l'objet d'une facturation. La facture mentionne la date à laquelle le règlement doit intervenir (...), le taux des pénalités exigibles le jour suivant la date de règlement inscrite sur la facture."

Le Tribunal constate que cette disposition précise que le taux des pénalités exigibles doit figurer sur la facture et non pas se déduire d'un raisonnement mathématique. Selon ce raisonnement, le taux n'aurait d'ailleurs pu être calculé par son destinataire qu'à compter de la réception de la seconde facture. Cela suffit à écarter l'argument de CTC.

Il est exact que la sanction pénale prévue à l'article L.441-4 du Code de Commerce n'a vocation à s'appliquer qu'aux infractions commises sur le territoire de la République Française (article L.113-2 du Code pénal). Elle n'a pas lieu d'être mise en œuvre ici (voir Transcript, p. 153, l.27 à l.33). Cependant, ce que la Défenderesse invoque n'est pas la sanction pénale, mais la réduction du taux d'intérêts tel que le prévoit l'article L. 441-6 du Code de commerce. Cet article dispose notamment :

*« Les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture ainsi que le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement due au créancier dans le cas où les sommes dues sont réglées après cette date. **Sauf disposition contraire qui ne peut toutefois fixer un taux inférieur à trois fois le taux d'intérêt légal, ce taux est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 10 points de pourcentage** ».*

La Demanderesse remarque que le texte tend à imposer des intérêts de retard au débiteur des paiements, mais qu'il ne prévoit le taux de substitution qu'en l'absence de disposition contraire, c'est-à-dire de disposition conventionnelle fixant le taux des intérêts. Or, il est exact que, dans le cas présent, ce taux existe : il est stipulé dans le Contrat et s'élève à 1,5 % mensuel (voir Transcript, p. 154, l.18 à p. 155, l. 18). Les

dispositions examinées n'ont pas pour objet de réduire les taux excessifs que divers textes généraux du droit français ont vocation à sanctionner mais, au contraire, d'obliger les débiteurs à payer dans les délais sous peine d'intérêts.

Comme il a été dit à propos du droit administratif français, le choix de la loi française ne vise pas des dispositions internes de police économique.

D'autre part, ces textes ne s'appliquent pas aux factures dont le destinataire est l'Etat et non un professionnel (Art. L.441-3, al. 1^{er} C. com). Il ne serait d'ailleurs pas raisonnable d'appliquer la réglementation française des factures à une opération en dollars US (voire même en Francs congolais) avec l'Etat congolais, portant sur son service douanier, faisant l'objet d'un contrat public et de diverses lettres de temporisation.

En conséquence, le Tribunal juge à la majorité l'article L.441-3 du Code de commerce non applicable au cas d'espèce. Il est donc inutile d'aborder la question de l'adéquation d'un taux d'intérêt appliqué par la BCE à un contrat étranger à l'Europe tant par le lieu de son exécution que par les monnaies concernées.

(c) L'application des articles 1152 alinéa 2 et 1231 du Code civil.

218. A titre subsidiaire, la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO fonde sa demande de réduction du taux des intérêts sur deux dispositions du Code civil relatives à la clause pénale.

219. Tout d'abord, la Défenderesse considère que l'article 9 des Conditions Financières, qui prévoit le taux de 1,5 % par mois a la nature d'une "*clause pénale moratoire*" ayant pour finalité de sanctionner le simple retard. A ce titre, la réduction prévue à l'article 1152, al. 2, du Code civil est applicable. La Défenderesse soutient qu'est manifestement excessif le taux de 1,5 % par mois, soit 18 % l'an d'autant que ce taux s'applique sur des paiements en dollars et non pas sur des paiements en francs



congolais. A titre de comparaison, elle indique que le taux légal en janvier 2008 était de 3,99 % en France et de 4,56625 % pour le LIBOR USD à 6 mois.

220. Ensuite, la Défenderesse fait valoir que, sur le fondement de l'article 1231 C. civ., le juge peut réduire le taux d'intérêt prévu dans une clause pénale moratoire lorsque l'obligation a été exécutée en partie. Les paiements à la charge de l'Etat ont été partiellement effectués en sorte qu'il convient de réduire le taux d'intérêt (Mémoire en duplique et récapitulatif, n° 672-673).

221. Sur l'application de l'article 1152 et de l'article 1231 du Code civil, la Demanderesse a soutenu, lors de ses plaidoiries, que le taux d'intérêt contractuel était un taux normal et, même de faveur. Elle a fait valoir que CTC se refinançait auprès de la Banque congolaise au taux préférentiel de 18 % l'an alors qu'à l'époque, la Banque congolaise appliquait sur des opérations en dollars un taux de 36 % annuel. Toujours à la même époque, le taux sur les opérations en francs congolais pouvait aller jusqu'à 70 %. Elle a fait observer que l'Etat congolais n'avait produit aucun élément visant à démontrer que le taux contractuel serait manifestement excessif au Congo à l'époque des faits alors que la charge de la preuve lui incombait.

222. L'article 1152 du Code civil dispose :

« le juge peut, [...] d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. ».

Le Tribunal estime qu'une clause d'intérêt moratoire n'est pas une clause pénale. Elle rémunère la privation du capital pendant un certain temps. Elle peut toutefois se transformer en clause pénale lorsque le taux d'intérêt est exorbitant dans les circonstances de l'espèce. En d'autres termes, le caractère manifestement excessif des intérêts est à la fois la condition de la qualification "*clause pénale*" et de sa réductibilité par le juge. Il appartenait donc à la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, qui prétendait obtenir une réduction du taux d'intérêt, de circonstancier son allégation et d'en faire la preuve, afin que le Tribunal soit en mesure de déterminer si les intérêts convenus étaient manifestement excessifs.



223. Or, le Tribunal observe que, dans ses relations avec l'Etat, CTC affirme, sans être contredite, qu'elle se finançait auprès de la Banque Centrale du Congo au taux de 18 % l'an. La REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO avait la charge de prouver le caractère manifestement excessif du taux d'intérêt qu'elle avait accepté. Or, elle n'a pas démenti cette affirmation, ni fourni aucun élément probant sur les taux effectivement pratiqués sur le dollar par la Banque Centrale du Congo en REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, lors de la conclusion du Contrat.

En conséquence, ni le caractère manifestement excessif, ni même le caractère comminatoire de la clause pénale ne sont démontrés. Les conditions de la réduction des intérêts sur le fondement de l'article 1152, alinéa 2, ne sont donc pas réunies. La demande est rejetée.

224. L'article 1231 du Code civil dispose :

« Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut, même d'office, être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ».

225. En supposant à nouveau que les intérêts moratoires puissent être qualifiés de clause pénale, exigeant les conditions rappelées ci-dessus, il reste que le sens de la règle édictée par l'art. 1231 ne milite pas pour l'application de celui-ci. En effet, la règle suppose que le créancier de l'obligation partiellement exécutée ne puisse bénéficier à la fois de l'intégralité des dommages-intérêts convenus et de l'exécution partielle. Tel n'est pas le cas s'il s'agit du paiement des intérêts moratoires. En effet, loin d'appeler une réduction d'intérêts, le paiement partiel fait nécessairement disparaître l'intérêt qui courait précédemment sur le montant de ce paiement. La réduction pour exécution partielle est automatique.

226. De plus, la jurisprudence constante supprime la réduction judiciaire de la clause pénale lorsque les parties contractantes ont aménagé elles-mêmes les conséquences d'une exécution partielle. Tel est exactement le cas lorsque sont stipulés des intérêts moratoires.

227. La demande de réduction d'intérêts fondée sur l'article 1231 du Code civil est rejetée.

(d) L'application de l'art. L.313-5 du Code Monétaire et Financier.

228. La Défenderesse affirme que la réduction du taux s'impose dans la mesure où il est usuraire au sens de l'article L.313-5 du Code Monétaire et Financier.

229. Cependant, à supposer que les règles françaises sur l'usure s'appliquent en dehors du Contrat de prêt, l'article L.313-5 renvoie à l'article L.313-3 du Code de la Consommation qui dispose :

"Art. L. 313-3. Constitue un prêt usuraire tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pur des opérations de même nature comportant des risques analogues, telles que définies par l'autorité administrative après avis du Conseil national du crédit."

Ces dispositions sont radicalement inapplicables à un paiement en dollars US dû pour une opération unique en RDC dont rien ne démontre qu'elle figure sur les listes des autorités.

La demande de la RDC sera rejetée.

(e) Point de départ des intérêts

230. Le point de départ des intérêts résulte de l'article 9 des Conditions Financières qui stipule :



Les montants dus par l'Etat au Consultant ainsi que les factures de ce dernier sont payables par la BCC à vue, et au plus tard dans les cinq (5) jours ouvrables après la date de leur réception.

Tout retard qui interviendra sur les paiements ci-dessus produira, au bénéfice du Consultant, un intérêt mensuel fixé à Un et Demi (1,5) pourcent."

Cette clause lie le point de départ de l'intérêt à l'échéance. Elle entend que ces intérêts partent rapidement après la présentation de la facture.

En conséquence, le point de départ des intérêts est le suivant :

- pour toutes les factures, le taux partira cinq jours après la présentation de chaque facture ;
- pour l'indemnité de démobilisation, l'intérêt partira de la date à laquelle la résiliation est devenue effective, soit le 15 janvier 2010, et ce jusqu'à complet paiement.

Bifurcation : gain manqué et perte d'une chance

231. Le Tribunal n'examinera pas, à ce stade, la demande de condamnation de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO à payer à CTC tous dommages-intérêts au titre du gain manqué jusqu'au 5 juin 2013 ou de la perte d'une chance. Le Tribunal décide de reporter à une prochaine phase l'examen du bien-fondé et de la quantification de cette indemnisation comme le propose la Demanderesse (Transcript, p. 152) et comme la Défenderesse l'avait d'ailleurs suggéré dans son courrier du 19 mars 2014.

Une ordonnance règlera la procédure ultérieure.

232. Les demandes reconventionnelles de la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO sont rejetées pour les raisons précédemment exposées, il n'y a donc pas lieu à renvoyer leur quantification à une future sentence.



COUTS DE L'ARBITRAGE

233. La provision fixée par la Cour d'arbitrage de la CCI à 650.000 USD, sous réserve de réajustements ultérieurs, a été payée intégralement par les parties à hauteur de 325.000 USD chacune (lettre du Secrétariat de la Cour en date du 20 mai 2014).

234. La demanderesse a indiqué, dans sa lettre du 24 novembre 2014, accompagnée d'un tableau, que les **honoraires et débours** du Cabinet SALANS, devenu DENTONS, s'élevaient à :

- 784.509,18 € et
- 214.986,98 USD.

A cela s'ajoutent **les frais administratifs** : 325.000 USD ;

et les frais raisonnables de l'arbitrage : 11.028 €.

La demanderesse signale qu'ont été incluses dans ce décompte, les factures à compter du 30 juin 2009, c'est-à-dire postérieurement à la résiliation du Contrat le 13 mai 2009, résiliation ensuite suspendue à la demande de l'Etat jusqu'à la prise d'effet le 15 janvier 2010 (C-30 et C-35).

235. Par lettre du 26 novembre 2014, la défenderesse indique que le Règlement, en son article 37.1, inclut dans les frais, les frais d'arbitrage au sens strict (honoraires et frais des arbitres ; frais administratifs) et les "*frais raisonnables exposés par les parties pour leur défense à l'occasion de l'arbitrage*". En conséquence, elle proteste contre l'inclusion dans les frais de la demanderesse des honoraires d'avocats antérieurs aux frais liés à la préparation de la demande d'arbitrage introduite le 31 mai 2013.



236. La défenderesse a adressé au Tribunal arbitral une lettre en date du 3 décembre 2014 précisant le total des frais et coûts exposés par celle-ci, soit :

- frais d'arbitrage au sens strict : 9.711,76 €
- frais 18.965,15 €
- honoraires 490.024,05 €

237. La présente sentence étant partielle, le Tribunal renvoie à la sentence finale sa décision sur les coûts de l'arbitrage.



DISPOSITIF

239. Le Tribunal arbitral décide ce qui suit :

Sur les demandes de CTC

- DIT ET JUGE que la RDC a contrevenu à ses obligations contractuelles envers la société CTC ;
- CONSTATE la résiliation du contrat aux torts de la RDC ;
- CONDAMNE la RDC à payer à la société CTC au titre des factures impayées :
 - les rémunérations fixes mensuelles, soit 49.064.000 USD ;
 - les rémunérations variables, soit 39.540.439 USD ;
 - le solde de l'indemnité de mobilisation, soit 3.091.908,72 USD ;ce qui représente un total de 91.696.347 USD ;

avec les intérêts au taux de 1,5 % par mois sur chaque facture à dater de cinq jours après sa présentation jusqu'à parfait paiement.

- CONDAMNE la RDC à payer à la société CTC l'indemnité de démobilisation et de rapatriement de son personnel, soit 3.750.000 USD, avec les intérêts de 1,5 % par mois à dater du 15 janvier 2010 jusqu'à parfait paiement ;
- REJETTE la demande de capitalisation des intérêts ;
- REPORTE à la sentence finale les demandes de condamnation de la RDC à payer à la société CTC :
 - tous dommages-intérêts au titre du gain manqué par CTC jusqu'à la date d'expiration normale du Contrat, le 5 juin 2013 et, en tout état de cause, au titre de la perte de chance à ce titre ;
 - tous dommages-intérêts au titre de la perte de chance de renouvellement du Contrat postérieurement au 5 juin 2013 ;



- tous autres dommages-intérêts correspondant à tous autres préjudices causés par son fait qui seraient, le cas échéant, démontrés ;
- la demande d'accorder à CTC toute autre forme de réparation que le Tribunal jugerait appropriée ;

Sur les demandes de la RDC :

- REJETTE la demande d'annulation et de révision du Contrat et, en conséquence :
 - les demandes de la RDC de déclarer intégralement infondées les demandes de la société CTC ;
 - la demande de remise de la RDC dans la situation antérieure au Contrat et le paiement par la société CTC de la somme de 28.567.181,28 USD, subsidiairement de 2.171.339,41 USD, et plus subsidiairement qu'il limite la condamnation de la RDC à payer à CTC un montant maximal de 8.743.659,44 USD ;
- REJETTE la demande de déclaration de non-exécution par la société CTC de ses obligations contractuelles ;
- REJETTE comme prématurée la demande de dire pour droit que la société CTC n'est pas fondée à obtenir d'indemnité au titre de la perte d'une chance ;
- REJETTE la demande de réduction des intérêts moratoires ;

Sur les coûts de l'arbitrage

Reporte à la sentence finale la décision sur les coûts de l'arbitrage

Sur la suite de la procédure

Dit qu'il rendra une ordonnance organisant la suite de la procédure.

Rejette toutes autres demandes des parties.



Lieu de l'arbitrage : Paris (France)

Date de la sentence : 22 juillet 2015

Sous réserve de mon opinion
séparée du 30 avril 2015

Bernard HANOTIAU

Co-arbitre

Catherine KESSEDJIAN

Co-arbitre

Ibrahim FADLALLAH

Président

CERTIFIED TRUE COPY OF THE ORIGINAL
PARIS, 30 May 2018

Alexander G. FESSAS
Secretary General
ICC International Court of Arbitration