

OBSERVATOIRE DE L'ACTION GOUVERNEMENTALE

DOSSIER LUBELSKI C/ ETAT DU BURUNDI

BUJUMBURA, AVRIL 2005

DOSSIER LUBELSKI C/ ETAT DU BURUNDI

I. CHRONOLOGIE DES FAITS

ANNEE 1964

Le 17 décembre 1964, le Gouvernement du Burundi donne à Monsieur LUBELSKI une autorisation d'installer au Burundi un bureau pour l'achat d'or et du diamant sur le Territoire du Burundi.

L'autorisation est rédigée sous la forme d'une attestation d'autorisation et est signée par le Premier Ministre Albin NYAMOYA (A.1).

ANNEE 1965

Janvier

- Le 29 janvier 1965, est signée entre le Gouvernement du Burundi et Monsieur LUBELSKI une Convention de concession pour l'achat d'or brut ou raffiné non ouvré sur tout le Territoire national .La convention stipule également que le concessionnaire jouira du droit de l'achat de diamant brut sur le Territoire du Burundi (A.2).
- La convention est conclue pour une durée de **3 ans**. Il est convenu qu'elle peut être renouvelée de commun accord après ce délai.
- En principe donc ce délai court jusqu'au **29 janvier 1968**.
- Aux termes de l'article 10 alinéa 1, il est stipulé que *toutes infractions aux clauses de la convention autoriseront le pouvoir concédant (Gouvernement du Burundi) à rompre la convention aux torts et aux griefs du Concessionnaire, sans préjudice à dommages intérêts s'il y a lieu.*
- Aux termes de l'article 11, il est stipulé que toutes contestations relatives à l'interprétation ou l'exécution de la convention seront de la compétence de la **Cour d'Arbitrage Internationale de Paris**.
- La convention est signée par le Premier Ministre Joseph BAMINA et le Ministre de l'Economie André KABURA.

Février

- Le 11 février, le Gouvernement du Burundi signifie à Monsieur LUBELSKI l'**annulation de la convention** signée le 29 janvier (A 3).

- La motivation de l'annulation est sommairement ainsi libellée : *ayant pris connaissance d'une autre convention passée entre le Gouvernement précédent et un groupe de personnes, a le regret de vous annoncer l'annulation de la convention que nous avons signée en date du 29 janvier 1965.*
- Le 18 février, en application de cette décision, le service des Douanes a procédé à la fermeture du bureau d'achat d'or et de diamant de M. LUBELSKI avec interdiction de tout nouvel achat d'or et de diamant (A 4).

ANNEE 1968

- M. LUBELSKI porta l'affaire devant la Chambre de Commerce Internationale de Paris.
- Le 31 octobre la Cour d'Arbitrage rendit la sentence suivante (A 5) :
 - ✓ *Le défendeur, Etat du Burundi, doit au demandeur Mojzesk Lubelski la somme de 800 000 (huit cent mille) dollars USA, avec intérêt à 5% l'an dès la date de la présente sentence arbitrale.*
 - ✓ *Les frais de la présente sentence arbitrale, fixés à 6000 (six mille) dollars USA, sont à charge de l'Etat du Burundi. Celui-ci paiera de ce chef au demandeur Mojzesk Lubelski ladite somme de 6000 (six mille) dollars USA qu'il a avancée.*

Requête de M. LUBELSKI

- Le demandeur Lubelski a introduit la procédure d'arbitrage aux fins de requérir des dommages intérêts pour rupture de contrat et en a fixé le chiffre à **1.922.000 dollars USA.**

Attitude du Gouvernement burundais

- Le Gouvernement du Burundi resta sans réaction, alors même qu'il est informé de la procédure engagée. En se conformant aux exigences de la procédure, la Cour a noté que :
 - ✓ *L'arbitre a invité le Gouvernement du Burundi, partie défenderesse, à se déterminer sur un projet d'acte de mission de l'arbitre et à le signer ; **mais vainement.***
 - ✓ *Il a cité les deux parties à comparaître devant lui, mais il a dû prendre acte que la partie défenderesse refusait de reconnaître la compétence de l'arbitre et de participer à la procédure.*
 - ✓ *L'Etat du Burundi, dûment interpellé, n'a pas pris de conclusion et l'arbitre a dû se prononcer sur le vu du dossier et des preuves.*

La Sentence arbitrale

Objet de l'arbitrage

- L'arbitre a bien spécifié les contours de sa mission : *l'arbitre s'abstiendra, dans la sentence, de toute discussion ou appréciation quant aux données de l'ordre public national de l'Etat défendeur.*
- La mission de l'arbitre, comme l'a spécifié celui-ci, n'était pas de rétablir le demandeur (LUBELSKI) dans ses droits contractuels, ***mais seulement de dire si, à la suite de la résiliation, des dommages intérêts étaient dus.***

Fond du litige

- Le litige portait sur l'***inexécution du contrat*** du 29 janvier 1965.
- La loi applicable au contrat litigieux a été celle de l'Etat du Burundi, conformément aux règles du droit international privé.
- L'arbitre a constaté que la ***validité du contrat*** de concession du 29 janvier 1965 ***ne pouvait être contestée.***
- Seul était en litige la concession concernant le ***diamant***, c'est-à-dire que seuls étaient en jeu les engagements concernant le diamant brut : le gouvernement reconnaissait et garantissait à LUBELSKI la qualité de concessionnaire pour l'achat, sur le territoire de l'Etat du Burundi, de diamant brut destiné à l'exportation et cela pour une durée de trois ans, expirant en janvier 1968.
- L'arbitre a noté que l'octroi d'une concession administrative est ***un acte dont le gouvernement décide librement.*** Mais dans le cas en espèce ce n'est pas l'octroi de la concession qui était en cause, ***mais son retrait avant terme.*** Et dès le moment où la concession a fait l'objet d'un accord bilatéral, il est clair que le retrait comporte des engagements contractuellement pris par l'autorité. Ce qui ne peut qu'avoir des conséquences juridiques, a conclu l'arbitre, avant de définir exactement ces conséquences ainsi :
 - *Le 11 février 1965, le gouvernement défendeur a notifié unilatéralement la ***résiliation*** du contrat qu'il avait signé deux semaines auparavant, ce avec effet immédiat.*
 - *Il y a là une ***violation du contrat***, plus précisément de la clause de celui-ci fixant à trois ans la durée de la concession du demandeur.*
 - *Si le gouvernement entend retirer une concession administrative qu'il a accordée, ***il est libre de le faire.*** Et cela soit qu'il agisse dans le cadre de l'opportunité administrative, soit qu'il obéisse à des exigences supérieures de l'ordre public national. Il n'appartient alors pas à un juge étranger et pas d'avantage à un arbitre, même librement accepté, de revoir les motifs du retrait de la concession, ni surtout de rétablir le concessionnaire dans ses droits.*

- *La partie demanderesse ayant pris exclusivement des conclusions en dommages intérêts, il reste à savoir si, d'une façon générale et dans les circonstances de l'espèce, le retrait de la concession peut les justifier.*
- *Il est hors de doute qu'une concession accordée sous la forme d'un contrat synallagmatique est toujours, même implicitement, assortie d'une obligation de dommages intérêts pour le cas d'un retrait avant terme.*
- *En l'espèce, l'obligation du gouvernement de réparer les conséquences de la rupture unilatérale du contrat est encore soulignée par l'article 10 dudit contrat, qui prévoit limitativement les cas de dénonciation unilatérale tant pour le pouvoir concédant » (al. 1) que par le concessionnaire » (al. 2). Seuls ces cas, contractuellement prévus, échappent à l'obligation de dédommagement. Et ils ne sont pas réalisés dans les circonstances qui nous occupent.*
- *Il est manifeste, et cela ressort en particulier de l'acte de résiliation, que le retrait de la concession n'était en rien la conséquence de la faute du concessionnaire ou de ses sous-traitants ou préposés.*

Evaluation du dommage subi par LUBELSKI

- Pour apprécier les dommages intérêts, l'arbitre a procédé au raisonnement suivant :
 - *Pour l'appréciation du dommage, spécialement quant au gain manqué, l'arbitre se trouve dans la situation de se baser sur des circonstances qui n'ont pu se réaliser, précisément du fait de la partie contractuelle défaillante.*
 - *En pareille situation il convient de faire une évaluation du dommage en considération du cours ordinaire des choses et de ce qui était prévisible.*
- En fonction de ces données, et après avoir :
 - Retenu une somme moyenne pour le chiffre d'affaires mensuel moyen prévisible, pendant les trois ans en cause (**14.000.000 USD**) ;
 - Estimé le bénéfice brut que Lubelski aurait obtenu pour les trois ans (**1.050.000 USD**) ;
 - Déduit du bénéfice brut les frais généraux tels qu'on pouvait les estimer pour les trois ans.

L'arbitre a retenu un gain net manqué estimé à **800.000 USD**.

Sentence arbitrale

L'arbitre a enfin statué comme suit :

- *Le défendeur, Etat du Burundi, doit au demandeur Mojzesk Lubelski la somme de 800.000 USD (huit cent mille) dollars USA, avec intérêt à 5% l'an dès la date de la présente sentence arbitrale.*
- *Les frais de la présente sentence arbitrale, fixés à 6000(six mille) dollars USA, sont à la charge de l'Etat du Burundi. Celui-ci paiera de ce chef au demandeur Mojzesk Lubelski ladite somme de 6000(six mille) dollars USA qu'il a avancé.*

La sentence a été communiquée aux deux parties le **5 novembre 1968**.

ANNEE 1969

Conséquence de la sentence arbitrale

- Le 13 mars 1969, l'Avocat de Lubelski a adressé au Président du Tribunal de première instance de Bruxelles une requête en saisie-arrêt, tendant à la saisie de tous avoirs, sommes, effets et créances appartenant à l'Etat du Burundi, se trouvant spécialement entre les mains de la Banque Nationale de Belgique (A 6).
- Le 03 avril 1969, Le Président du Tribunal a autorisé l'Avocat de Lubelski de pratiquer la saisie-arrêt entre les mains de la Banque Nationale de Belgique (A 7).
- Le 23 mai 1969, ayant appris que des fonds et avoirs de l'Etat du Burundi se trouvent entre les mains de la Banque Belgoise, l'Avocat a renouvelé sa demande de pouvoir saisir aussi ces biens (A 8).
- Le 28 mai 1969, le Président du Tribunal accorda l'autorisation de pratiquer la saisie également sur les fonds de la Belgoise (A 9).
- Le 1 août 1969, la saisie-arrêt est dénoncée à l'Etat du Burundi, lequel est assigné à comparaître devant le Tribunal pour s'entendre déclarer bonne et valable la saisie-arrêt (A 10).

Plusieurs années passent pendant lesquelles M. Lubelski semble inactif, avant que le dossier ne soit relancé dans les années 1980.

ANNEE 1987

- Le 22 décembre 1987, Maître Siméon RWAGASORE, qui a été contacté par l'Avocat de Lubelski, écrit à celui-ci pour l'informer qu'il est bien disposé à collaborer à l'exécution de la sentence contre l'Etat du Burundi(A 11).
- **Il s'entend ici qu'il s'agit de faire exécuter la sentence par le truchement du règlement amiable avec l'Etat du Burundi, ce à quoi est requis la collaboration de Maître Rwagasore.**

ANNEE 1988

- Le 31 mars 1988, l'Avocat de Lubelski informe ce dernier qu'en raison de l'avènement d'un nouveau pouvoir à Bujumbura, il sera difficile d'obtenir un résultat positif (A 12).
- Le 13 juillet 1988, l'Avocat informe de nouveau Lubelski qu'un confrère burundais l'a renseigné de ce qu'il ne croyait pas à une exécution possible (A 13).

ANNEE 2002

- Le 07 juin 2002 est signé à Anvers une convention entre Lubelski et un certain Moses Glecer, par laquelle il est convenu que (A 14) :
 - *Lubelski cède à Glecer toutes les créances et droits prononcés dans la sentence arbitrale.*
 - *Glecer est chargé de faire les démarches nécessaires pour encaisser les sommes et intérêts calculés et accordés par la Cour arbitrale.*

ANNEE 2003

- En sa qualité d'acquéreur de l'ensemble des droits de Lubelski, M. Glecer signe le 31 décembre 2003 une procuration donnant à M. Privat Sahabo l'autorisation de contacter les instances compétentes et de négocier l'exécution intégrale de la sentence arbitrale (A 15).
- Le 24 mars 2003, M. Sahabo écrit au Ministre de la justice pour l'informer du mandant qu'il a reçu. (A 16).
- Le 24 avril 2003, le Ministre de la justice écrit à M. Sahabo une lettre demandant à ce dernier de lui transmettre la copie signifiée à l'Etat du Burundi de la sentence arbitrale ainsi que son mandat dûment légalisé par l'Ambassadeur du Burundi à Bruxelles (A17).
- Le 28 mai 2003, M. Sahabo transmet au Ministre les documents demandés (A 18).
- Le 10 juin 2003, Le Ministre de la justice demande à M. Sahabo de l'informer sur le sort réservé à la saisie-arrêt opérée en 1969, et de lui préciser si elle a été poursuivie ou si elle a été arrêtée et pour quel motif (A19).
- Le 30 juin 2003, M. Sahabo informe le Ministre de ce que (A 20) :
 - *La saisie-arrêt a donné lieu à une action en validité qui est encore pendante devant le Tribunal de première instance de Bruxelles sous le n° 148.*
 - *La dénonciation de l'assignation en validité a été faite aux tiers saisis, mais il s'est avéré que la partie saisie n'avait pas de fonds dans les livres des tiers saisis.*

- *Etant en possession d'un titre exécutoire M. Glecer envisage de procéder à de nouvelles saisies-arrêts auprès des banques susceptibles de loger des fonds de l'Etat du Burundi dans la mesure où un arrangement amiable n'aurait pas lieu.*
- Le 11 juillet 2003, Le Ministre de la justice écrit à M. Sahabo pour lui dire que (A 21) :
 - *Il ressort de la décision du Tribunal arbitral que l'Etat du Burundi a perdu le procès et est de ce chef astreint à l'exécution de toutes les dispositions que renferme le dispositif de la sentence arbitrale.*
 - *Le dossier sera prochainement transmis aux instances habilitées en vue d'envisager les modalités d'un règlement de cette affaire.*
- Le 07 août 2003, le Ministre de la justice informe le Vice-président de la République de la situation de ce dossier et (A 22) :
 - *l'invite à tenter une solution amiable car, dit-il, ce litige est définitivement clôturé et l'Etat du Burundi ne peut échapper à l'exécution volontaire ou forcée de la décision.*
 - *lui dit qu'il serait sage d'envisager un règlement de ce conflit dans un cadre négocié pour tenter de réduire le montant des intérêts et éviter ainsi les désagréments d'une exécution forcée.*
- Le 16 septembre 2003, le Chef de Cabinet du Vice- président de la République écrit aux Ministres des Relations Extérieures et de la Coopération, de la Justice et des Finances pour leur demander de désigner chacun un cadre de haut niveau pour faire partie d'une équipe chargée d'étudier et de négocier les voies et moyens de règlement de la sentence (A 23).
- La mission de cette équipe qui sera dirigée par le représentant du Ministère des Finances est ainsi précisée par le Chef de Cabinet :
 - *Négocier avec le représentant du concessionnaire au Burundi, le rabais des intérêts ;*
 - *Négocier le rééchelonnement des paiements ;*
 - *Proposer les montants à payer et la période réaliste des paiements.*
 - *Concomitamment à cette action, le Ministère des Relations Extérieures est invité à transmettre à l'Ambassadeur à Bruxelles instructions d'engager une action diplomatique dans le sens de rabaisser les intérêts qui s'élèvent, selon le Chef de Cabinet à 4.412.812 USD.*
- Le 02 octobre 2003, le Ministre des Finances écrit au Chef de Cabinet du Vice-président de la République pour l'informer de la désignation d'une commission ainsi composée (A 24) :

- ⇒ Jean Berchmans Ndikumana, conseiller technique au Ministère des Finances, président de la Commission ;
- ⇒ Cishahayo Antoine, conseiller à la Vice-Présidence ;
- ⇒ Joseph Ntabishimwa, Directeur de Cabinet au Ministère de la Justice ;
- ⇒ Ambassadeur Gédéon Magete, du Ministère des Relations Extérieures.

ANNEE 2004

- Le 19 mars 2004, M. Sahabo écrit au Ministre de la Justice pour lui faire part de son étonnement de ce qu'après 10 mois la commission ad hoc n'avait pas encore conclu avec lui (A 25).
- Le 22 mars 2004, M. Sahabo transmet au président de la Commission la proposition du montant qui servira de négociation. Il confirme par ailleurs sa participation à la réunion de la commission prévue pour le 26 mars 2004 (A 26).
- Le 29 mars 2004, le Ministre de la justice écrit à M. Sahabo pour l'informer que le dossier se trouve à sa phase finale (A 27)
- Le 31 mars 2004, le Ministre de la justice écrit à M. Glecer pour l'informer que la commission mise en place a été dessaisie du dossier au profit de la Belgolaise qui a désormais la charge du traitement de ce dossier(A 28).
- Le 12 mai 2004, le Conseil de M. Privat écrit à M. Lemaire de la Belgolaise afin d'obtenir des informations quant à l'évolution du paiement effectif du dossier (A 29).
- Le 24 mai, M. Lemaire répond au Conseil de M. Privat que : *il est inexact qu'une quelconque mission ait été confiée à la Belgolaise dans l'affaire concernant Monsieur Moses Glecer et la République du Burundi. Par contre la République du Burundi m'a, en date du 7 février 2004, conféré personnellement un mandat limité dans cette affaire qui ne permet cependant pas de donner suite à votre demande (A 30).*
- ***Aujourd'hui l'affaire en est arrivée aux développements médiatiques que l'on connaît.***

II. DU DROIT

Calcul des intérêts dus

- La question de droit posée ici concerne le calcul des intérêts dus par l'Etat du Burundi, la condamnation à paiement de dommages-intérêts (**800.000 USD**) n'étant pas remis en cause.
- Juridiquement en effet, l'on distingue les intérêts compensatoires des intérêts moratoires.
- Les *intérêts compensatoires* consistent en une somme d'argent destinée à réparer le préjudice subi du fait de l'inexécution par un contractant de son obligation.

- Les *intérêts moratoires* consistent en une somme d'argent destinée à réparer le préjudice subi par le créancier du fait du retard dans l'exécution par le débiteur de son obligation de se libérer de sa dette.
- Les **800.000 USD** auxquels a été condamné l'Etat du Burundi, constituent des dommages intérêts destinés à réparer le préjudice subi par M. Lubelski du fait de la rupture du contrat avant terme.
- Ce qui est en cause dans le cas d'espèce, c'est le calcul des intérêts moratoires de **5%** auxquels a été condamné l'Etat du Burundi en cas de retard dans l'exécution de la sentence, c'est-à-dire le paiement des 800.000 USD.
- Le mode de calcul auquel se sont livrés les négociateurs et qui a provoqué le tollé médiatique, pose la question juridique de la *capitalisation des intérêts*.

Capitalisation des intérêts

- Dans le jargon juridique, la capitalisation des intérêts, c'est-à-dire lorsque les intérêts portent eux-mêmes des intérêts, est appelée *anatocisme*.
- En raison des dangers de l'anatocisme qui a pour effet d'accroître la dette du débiteur, le législateur burundais (comme français et belges avec qui nous partageons les mêmes concepts juridiques), a adopté une conception restrictive en la matière. L'anatocisme *n'est pas prohibé*, mais le code civil *en restreint la possibilité*.
- En premier lieu l'anatocisme *n'est jamais de plein droit*, sauf exception. Il faut que *le contrat l'ait prévu*, ce qui est toujours possible, ou bien que le créancier, lorsqu'il n'a pas été contractuellement prévu, *en fasse la demande au juge*, en réclamant le paiement (Christian LARROUMET, *Droit Civil, Tome 3, Les Obligations, Le contrat*, 4 éd., Economica, 1998, Paris, p. 710).
- Si le créancier n'a point exigé l'anatocisme dans le contrat ou s'il ne le demande pas en justice, *les intérêts ne produiront pas des intérêts* (Christian LARROUMET, *op.cit.*, p 711).
- En deuxième lieu, lorsque l'anatocisme a été prévu ou demandé judiciairement, il est limité aux intérêts échus pour une année entière. En effet, si les intérêts pouvaient être capitalisés tous les trois mois ou tous les six mois, par exemple, la dette serait beaucoup plus lourde. L'exception ne concerne ici que les découverts des comptes courants et quelques autres cas limitativement prévus par la loi (Christian LARROUMET, *op. cit.* p. 711 ; Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *Droit Civil, Obligations, Contrats et Quasi-contrats*, 11 éd. 2001 / 2002, Ed. CUJAS, Paris, p. 353).
- L'anatocisme pouvant donc entraîner une augmentation rapide de la dette du débiteur sans que celui-ci s'en aperçoive : il a donc fallu éviter cet effet de surprise et, à cette fin, la loi burundaise soumet l'anatocisme aux conditions suivantes (André SOHIER, *Droit Civil du Congo belge, Tome II, Contrats et Obligations, Bruxelles, Larcier, 1956, p 221*) :

- Il faut que les intérêts soient échus ;
- Il faut qu'il s'agisse d'intérêts dus pour un an au moins ;
- Il faut que le débiteur soit chaque fois mis en demeure soit *en vertu d'une clause particulière de la convention soit par une demande en justice* : cette mise en demeure doit porter non pas sur le capital dû mais sur les intérêts annuels dus ; *elle devra donc être renouvelée chaque année.*
- L'article 52 du Code civil Livre III dispose en effet que les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou *par une demande judiciaire* ou par *une convention spéciale*, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agissent d'intérêts dus au moins pour une année entière.
- L'article 52 est *d'ordre public* : toute clause contraire à ces dispositions est nulle de nullité absolue (*André SOHIER, op. cit. p. 221*).
- Ce caractère d'ordre public est également en vigueur en droit français et en droit belge : ces règles ont un caractère impératif : protectrices du débiteur, *elles n'auraient aucune efficacité si une convention contraire pouvait être acceptée par celui-ci (Philippe MALAURIE, Laurent AYNES op. cit. p.353)*.
- La jurisprudence burundaise (congolaise) s'est de son côté prononcée sans équivoque : *il n'est pas possible sans disposition spéciale, de faire porter des intérêts sur des intérêts (Elisabethville, 14 janvier 1928, Rev. Jur., 1928, p. 70)*.

III. CONCLUSION

- Telles sont les règles applicables en matière de *capitalisation des intérêts*, aussi bien en droit burundais que français et belge.
- Lors du jugement arbitral, l'arbitre a bien précisé que quant au fond, c'est le droit burundais qui serait d'application. Et c'est selon ce droit que l'arbitre a rendu sa sentence.
- La question des dommages- intérêts a été soumise à ce même droit, donc y compris la question de la capitalisation des intérêts.
- Mais ceci n'a en réalité pas grand intérêt dans le cas présent puisque le droit belge, à supposer même qu'il puisse s'imposer du fait que le paiement s'est opéré en Belgique, applique les mêmes règles que le droit burundi.
- La capitalisation des intérêts n'ayant pas été contractuellement prévue par l'Etat du Burundi et M. Lubelski lors de la signature du contrat, ni demandée en justice par M. Lubelski lors du jugement arbitral, *les intérêts sur les 800.000USD (5%) ne peuvent pas porter eux-mêmes des intérêts.*

- Dans la convention transactionnelle signée par le Ministre des Finances (au nom de la République du Burundi) et M. Glecer, il est dit à l'article 2 que les intérêts ont été calculés en fonction des « *exigences formulées par M. Glecer, d'une part de compenser la dépréciation du dollar US par rapport à l'Euro depuis le prononcé de la sentence arbitrale et d'autre part de capitaliser les intérêts également depuis cette date* ».
- Comme il est dit précédemment, non seulement la capitalisation des intérêts n'est pas autorisée, mais elle est sans valeur juridique ***même si elle est inscrite dans une convention***.
- Par ailleurs, il est surprenant que cette convention ait été signée par le Ministre des Finances et non celui de la Justice qui, au Burundi, est le gestionnaire du contentieux de l'Etat.

BUJUMBURA, le 20 avril 2005