

Patrick H. Mitchell v. Democratic Republic of the Congo
(ICSID Case No. ARB/99/7)

Excerpts of Award dated February 9, 2004 made pursuant to Rule 48(4) of the
ICSID Arbitration Rules of 1984

Claimant

Patrick H. Mitchell (US national)

Respondent

Democratic Republic of the Congo (“DRC”)

Tribunal

Andreas Bucher (President; Swiss), appointed by the Acting Chairman of the Administrative Council of ICSID under Article 38 of the ICSID Convention

Yawovi Agboyibo (Togolese), appointed by the Acting Chairman of the Administrative Council of ICSID under Article 38 of the ICSID Convention

Marc Lalonde (Canadian), appointed by the Claimant following the death of Willard Z. Estey

Award

Award of February 9, 2004 in English and French; dissenting opinion by Yawovi Agboyibo

The Award was annulled in full by a Decision on Annulment of November 1, 2006 available at <http://italaw.com> (English); French version in 2 La Juris. du CIRDI 333 (2010)

Instrument relied on for consent to ICSID arbitration

Treaty between the Republic of Zaïre and the United States of America concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, concluded on August 3, 1984 (“BIT”)

Procedure

Applicable Arbitration Rules: ICSID Arbitration Rules of 1984

Place of Proceedings: Washington, D.C.

Procedural Language: English and French

Factual Background

The Claimant operated a law firm in the DRC which provided legal consulting services to various clients in the DRC and abroad. In March 1999, following an order of a military court, authorities of the DRC put the law firm’s premises under seal, seized documents and arrested two lawyers. These actions were based on suspected illegal activity involving the Claimant’s firm and one of its clients. In November 1999, the military court rejected the charges, released the two lawyers and returned most of the seized assets to the law firm. The Claimant alleged that, as a result of the Respondent’s actions, the law firm had been expropriated without compensation in violation of the BIT. He sought compensation for the damages suffered, including the loss of clients.

EXCERPTS

Date of dispatch to the parties: February 9, 2004

International Centre for Settlement of Investment Disputes

PATRICK H. MITCHELL

v.

THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO

Case No. ARB/99/7

AWARD

RENDERED BY THE TRIBUNAL

composed of
Andreas Bucher, President
Yawovi Agboyibo
Marc Lalonde

Secretary of the Tribunal

Martina Polasek

Representing the Claimant

Mr. Saul Shoot and
Mrs. Michelle De Menezes
Fluxman Rabinowitz-Raphaely Weiner Inc
Johannesburg, South Africa

Representing the Respondent

H.E. Kisimba Ngoy Ndalewe,
Ministre de la Justice et des Affaires
Parlementaires, and
Professor André Mazyambo Makengo K.,
Ministère de la Justice et des Affaires
Parlementaires, and
Mr. Vincent Kangulumba Mbambi
Mbombo & Associés
Kinshasa,
Democratic Republic of the Congo

THE TRIBUNAL

Makes the following Decision:

A. Introduction

I. The Proceeding

1. On October 6, 1999 the International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter "ICSID" of the "Centre") received a Request for arbitration on behalf of Mr. Patrick H. Mitchell (hereinafter "Mr. Mitchell" or "Claimant") against the Democratic Republic of Congo (hereinafter also "Congo", "DRC" or "Respondent"). This Request referred to the seizure by Congolese military forces, on March 5, 1999, of the premises of Mr. Mitchell's legal consulting firm and to the consequences of that seizure. The Request asked the Arbitral Tribunal to issue a final award

"a) Declaring that the DRC has, in violation of the USA/DRC Bilateral Investment Treaty, Congolese law, and international law, expropriated the assets of Mr. Mitchell;

b) Requiring the DRC to compensate Mr. Mitchell for all damages suffered by Mr. Mitchell as a result of DRC's actions; and

c) Granting to Mr. Mitchell all of the costs incurred by him in undertaking this arbitration, including the arbitrators' fees, the fees of any experts, the legal costs incurred by Mr. Mitchell, and any administrative costs."

2. The Request for arbitration was supplemented on behalf of Mr. Mitchell by letters of November 3, 12 and 22, 1999 and of December 6 and 7, 1999, and was registered by the Secretary-General of ICSID on December 10, 1999.

3. The Request refers to Article VII of the Bilateral Treaty concluded on August 3, 1984 between the Republic of Zaïre and the United States of America concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments (hereinafter "BIT" or "Treaty"), which provides, in relevant part, under paragraph 4, as follows:

"4. (a) The national or company concerned may consent in writing to submit the dispute to the Centre or the Additional Facility for settlement by conciliation or binding arbitration.

(b) Once the national or company concerned has so consented, either party to the dispute may institute proceedings before the Centre or Additional Facility at any time after six months from the date upon which the dispute arose, provided,

(i) the dispute has not, for any reason, been submitted by the national or company for resolution in accordance with

any applicable dispute settlement procedures previously approved by the parties to the dispute; and
(ii) the national or company concerned has not brought the dispute before the courts of justice or administrative tribunals or agencies of competent jurisdiction of the Party that is a party to the dispute."¹

Prior to the registration of the Request, by letters dated December 6 and 7, 1999 Mr. Mitchell had confirmed that he was not actually, and had not been on the date of the Request for arbitration, a national of the Democratic Republic of Congo and that he satisfied the requirements set out in Article VII (4)(b)(i) and (ii) of the BIT.

4. The Respondent not having responded to Claimant's proposal to submit the dispute to a sole arbitrator selected by the Chairman of the Administrative Council of ICSID, by letter of March 10, 2000 and in accordance with Arbitration Rule 2(3), Claimant informed the Secretary-General of ICSID of his choice of the formula provided in Article 37(2)(b) of the ICSID Convention (hereinafter the "Convention") concerning the number of arbitrators and the method of their appointment. As a result, the Tribunal was to consist of three arbitrators, one arbitrator appointed by each Party and the third, the President of the Tribunal, to be appointed by agreement of the Parties. Pursuant to Arbitration Rule 3(1), Claimant designated Mr. Willard Z. Estey, a national of Canada, to act as the Claimant's appointee to the Tribunal.

5. The arbitrator appointed by Respondent by letter dated May 10, 2000 declined to accept such appointment. The Respondent did not concur in the appointment of the arbitrator proposed by Claimant to be the President of the Tribunal, nor did it appoint another arbitrator.

6. Acting upon a request made by Claimant by letter of October 11, 2000 and in accordance with Article 38 of the Convention and Arbitration Rule 4, the Acting Chairman of the Administrative Council appointed Mr. Yawovi Agboyibo as the second arbitrator and Professor Andreas Bucher as the third and presiding arbitrator of the Arbitral Tribunal. Both Parties expressed their acceptance of the appointment of these arbitrators.

7. In accordance with Arbitration Rule 6(1), the Tribunal was deemed to be constituted and the proceeding to have begun on November 21, 2000, when all three arbitrators had accepted their appointment. Ms. Gabriela Alvarez-Avila was designated as the Secretary of the Tribunal. She was replaced by Ms. Martina Polasek as from August 2002.

8. On January 15, 2001, the Tribunal held its first session with the Parties at the seat of ICSID in Washington, D.C. At that session, the Parties acknowledged that the Tribunal

¹ The English version of the BIT, as provided by Claimant, is a copy of the document submitted to the Senate by the President of the United States on February 26, 1984.

had been properly constituted. It was decided that the languages of the proceeding would be English and French. The pleadings submitted by the Parties would be in one of these languages and accompanied by a translation into the other language. The latter requirement would not apply to annexes of the pleadings and to witness statements.

9. At the same session, it was decided that Claimant would file his memorial on the merits (including translation) no later than March 28, 2001, and that Respondent would file its counter-memorial (including translation) no later than July 13, 2001.

10. Claimant's memorial was filed on March 28, 2001. It repeats the conclusions contained in the Request for arbitration (see paragraph 1), but adds that the compensation sought from Respondent is "in an amount no less than US\$ [...] plus interest".

11. The Respondent did not file its counter-memorial at the date initially fixed. On July 26, 2001, it requested the time limit to be extended citing a change at the head of the Ministry of justice. The President of the Tribunal acceded to this request and extended the time limit to September 10, 2001. Respondent's counter-memorial, dated September 3, 2001, was filed on September 17, 2001.

12. In its counter-memorial of September 3, 2001, Respondent requested the Tribunal to decide:

"Mainly : that the ICSID is materially unqualified to know about a litigation which does not relate to "an investment";

Subsidiarily as for the meaning [sic]: there has never been any expropriation, in the absence of constitutive elements and evidence;

Since then, the request of M. MITCHELL is not justified and is obviously rash and vexatious;

Consequently, the DRC postulates for the counter claim, the conviction of the petitioner to pay him damages for all prejudice that this case caused, i.e.:

- justice expenses, lawyers' honoraria and experts fees (reserved while waiting for the end of process),
- and for attack to the good reputation to the DRC: [...] \$ US."

(Translation supplied by Respondent.)

13. Respondent having thus raised for the first time in its counter-memorial of September 3, 2001 an objection to the Tribunal's competence, as is possible under Arbitration Rule 41(1), the President of the Tribunal, after consultation with the other members of the Tribunal, decided to suspend the proceeding on the merits pursuant to Article 41 of the Convention and Arbitration Rule 41(3) and (4). In reply to a request

from Claimant for a time limit of four months to be set for his counter-memorial on jurisdiction, the President, after consultation with the other members of the Tribunal, extended this limit to February 8, 2002.

14. On January 29, 2002, all concerned learned with deep regret that Mr. Willard Z. Estey, the arbitrator appointed by Claimant, had passed away on January 25, 2002. In accordance with Arbitration Rule 10(2), the proceeding was suspended until the vacancy on the Tribunal was filled. On February 13, 2002, the Tribunal was reconstituted and the proceedings were resumed when Mr. Marc Lalonde, a national of Canada, accepted his appointment as an arbitrator designated by Claimant pursuant to Arbitration Rule 11(1).

15. Claimant's counter-memorial on jurisdiction, dated February 4, 2002, was received by the Centre on February 7, 2002.

16. Having consulted with the Parties, the Tribunal decided to ask the Parties to file a second exchange of pleadings on jurisdiction, giving thereby the Parties the option to exhaust the subject in writing, thus avoiding an oral hearing on the question of jurisdiction, unless later considered necessary by the Tribunal. The President fixed the time limit for the submission of Respondent's memorial in reply to be April 15, 2002. This memorial, dated April 8, 2002, was filed with ICSID on April 19, 2002. As he was invited to do, Claimant submitted to ICSID his rejoinder, dated May 24, 2002, on May 29, 2002.

17. Upon receipt and examination of all these written pleadings, the Tribunal came to the view that it had not received sufficient evidence concerning the investments made by the Claimant in the DRC. As stated in Procedural Order No. 1 of July 11, 2002, the Tribunal, pursuant to Arbitration Rule 41(4), decided to join the Respondent's objection to jurisdiction to the merits. The Tribunal therefore invited the Claimant to file, by October 11, 2002, any complementary observations that he wished to make on his memorial of March 29, 2001 and, in particular, to produce any relevant additional evidence in support of his claim, including all pertinent documents concerning the valuation of "Mitchell & Associates" and the relief claimed. Respondent was granted three months to file its response. Claimant's Reply, dated October 11, 2002, was received by the Centre on October 16, 2002. The Counter-memorial in reply of the Respondent, dated January 7, 2003, was received by the Centre by electronic mail on January 15, 2003, and by ordinary mail on January 31, 2003. Respondent indicated in this brief that it claimed an amount of US\$ [...] as damages for attacking its reputation and for the costs incurred in this litigation.

18. By its Procedural Order No. 2 of January 17, 2003, the Tribunal invited the Claimant to file a rejoinder to the Respondent's last brief. It provided also for a rebuttal pleading to be filed by Respondent. In a letter dated January 21, 2003, Claimant declared that he did not consider it necessary or appropriate to file a further pleading. He also stated that, having presented his case by way of affidavits, he did not consider necessary to present his case at a hearing at which witnesses and experts would be examined. In reaction to this statement, the Respondent declared in its letter dated February 4, 2003, that under the circumstances it had no further remarks to make, and that in the absence of

any pleading from its opponent, it did not wish to plead its case alone at a hearing. In a letter dated February 27, 2003, Claimant further confirmed that he would prefer the matter to be decided on the basis of the affidavits; he declared, however, to be prepared to participate in a hearing in the event the Tribunal considered oral evidence as necessary in relation to any specific issues.

19. The Tribunal considered that it did not need to hear the Parties' pleadings. By letter of March 10, 2003, it submitted to the Parties several questions in order to better understand certain aspects of the dispute. The Claimant's reply to the questions raised by the Tribunal, dated May 22, 2003, was received by the Centre on May 27, 2003. The Respondent's answer to the questions of the Arbitral Tribunal, dated April 21, 2003, was filed on May 2, 2003. Claimant commented on the Respondent's answers on May 22, 2003 and Respondent did so with regard to Claimant's reply on June 9, 2003. In response to the question raised by the President of the Tribunal whether, in the light of this exchange of briefs, an oral hearing was requested, Respondent stated by an e-mail of June 19, 2003 that it had nothing further to say nor to add to its previous declarations. The Claimant confirmed by letter of June 25, 2003 that it did not consider it necessary to present oral evidence. In response to the Tribunal's further query in respect of the relevant interest rate at March 5, 1999, Claimant answered by a second letter of June 25, 2003 that the rate was 7.75%. This letter was commented upon by Respondent in its letter dated August 22, 2003. Claimant's Counsel filed on September 11, 2003 additional comments prepared by Mr. Mitchell in reply to this letter of Respondent. In the mean time, the Tribunal had invited Claimant, by letter of August 14, 2003, to further explain some of his answers given to the questions raised in the Tribunal's letter of March 10, 2003. Claimant's reply to this letter was given on September 5, 2003. By letter of September 19, 2003, Respondent sent its observations to Claimant's remarks contained in his letters of September 5 and 11, 2003.

20. The Tribunal met for a deliberation in Paris on October 15 and 16, 2003.

21. By a letter dated January 13, 2004, the Parties were informed that the proceeding was closed. Each Party submitted a statement of costs incurred or borne by it in this proceeding. In his reply to Respondent's answers to the Tribunal's letter of March 10, 2003, Claimant requested to be awarded an additional amount of US\$ 530,000.00 to cover the costs of Claimant's counsel in the event the award would be in his favour, this amount being payable by Respondent in case it would not pay the amount of the award within the time provided for by the Tribunal.

22. In conformity with the choice of two languages applicable to this proceeding, this award has been drafted in English and in French.

II. The source of the dispute

[...]

31. The dispute brought by Claimant via the Centre before this Tribunal raises basically the question whether the measures taken by the Government of the DRC in respect of Mr. Mitchell's firm constituted an expropriation relating to an investment of Mr. Mitchell in the DRC and, in the affirmative, whether Claimant is entitled to be indemnified by Respondent. In Respondent's view, however, this dispute does not come under the jurisdiction of ICSID or this Tribunal's competence. This challenge of the Tribunal's competence has to be examined first.

B. The Arbitral Tribunal's Jurisdiction

32. The Tribunal is asked to decide whether Claimant's Request for arbitration comes under the jurisdiction of ICSID and the competence of this Tribunal. It is not disputed that both Parties validly expressed their consent to ICSID arbitration, as provided for in Article VII of the Bilateral Investment Treaty concluded between the Democratic Republic of the Congo and the United States of America. As Respondent has stated, its objection to jurisdiction is solely one to the qualification of Claimant's activity in the Congo as an investment.

33. It is further argued by Respondent that under Article III(3) of the BIT, Claimant was required to submit his request first to the competent judicial or administrative authority in the DRC. By not having done so, the claim could not be brought before this Tribunal. However, this is manifestly not what results from the provision referred to. Under that rule, indeed, the recourse to state authorities is a right, but not an obligation of the investor, who is free to have direct recourse to the mechanism provided for in Article VII of the BIT for the settlement of disputes.

I. The position of the Parties

1. The Respondent

[...]

2. The Claimant

[...]

II. Analysis by the Tribunal

40. In considering the objection raised by the Democratic Republic of the Congo and directed against the jurisdiction of the Centre and the Tribunal's competence in this case, the Tribunal must begin with considering whether the dispute in the instant case arises directly out of an investment within the meaning of Article 25(1) of the ICSID Convention.

41. It is well known that the Convention does not define the term "investment" and that various proposals made during the negotiations in that regard failed. This is reflected in the Report of the Executive Directors in the following words:

"27. No attempt was made to define the term "investment" given the essential requirement of consent by the parties, and the mechanism through which Contracting States can make known in advance, if they so desire, the classes of disputes which they would or would not consider submitting to the Centre (Article 25[4])." (1 ICSID Reports 28; ICSID Convention, Regulations and Rules, ICSID/15/Rev.1, Washington 2003, p. 44)

42. This statement indicates that the authors of the Convention have chosen a broad approach to the concept of investment. As noted during the drafting of the Convention, a Contracting State that prefers to limit the scope of the Centre's jurisdiction can do so by making the declaration provided for in Article 25(4) of the Convention. The Democratic Republic of the Congo has not made such a declaration and has, therefore, accepted the broad scope of the subject matter jurisdiction governed by the Convention.

43. As indicated in the statement quoted above, an important factor in determining whether a dispute qualifies as an investment dispute under the Convention is the consent given by the Parties. The State Parties' consent to submit a certain category of disputes to the Centre's jurisdiction does contain the determination that such disputes are to be considered as related to investments within the meaning of the ICSID Convention. Even if, in a particular case, a dispute arises out of an investment within the meaning of the Convention, one must further examine, however, whether such a dispute relates to an investment as defined in the Parties' consent to ICSID arbitration.

44. The Tribunal must accordingly look with particular care at the definition of the notion of investment given in the Bilateral Investment Treaty concluded between the Congo and the United States (BIT). This Treaty contains in Article VII the expression of these States' consent to the ICSID arbitration mechanism.

45. In support of its conclusion that the firm of Mr. Mitchell, including its assets and business prospectives, qualifies as an investment under the BIT, Claimant refers to Article 1, letter (c), which reads as follows:

"For the purposes of this Treaty,

(c) 'investment' means every kind of investment, owned or controlled directly or indirectly, including equity, debt, and service and investment contracts; and includes:

- (i) tangible and intangible property, including all property rights, such as liens, mortgages pledges, and real security;
- (ii) a company or shares of stock or other interests in a company or interests in the assets thereof;
- (iii) a claim to money or a claim to performance having economic value, and associated with an investment;
- (iv) intellectual and industrial property rights, including rights with respect to copyrights, patents, trademarks, trade names, industrial designs, trade secrets and know-how, and goodwill;
- (v) licenses and permits issued pursuant to law, including those issued for manufacture and sale of products;
- (vi) any right conferred by law or contract, including rights to search for or utilize natural resources, and rights to manufacture, use and sell products; and
- (vii) returns which are reinvested.

Any alteration of the form in which assets are invested or reinvested shall not affect their character as investment."

46. One striking feature of this definition is the fact that all items listed in this provision are mentioned for illustrative purposes. They do not have the effect of restricting in any manner the notion of an investment and the scope of the subject matter of the BIT. Indeed, as stated expressly in the introductory part of this provision, "'investment' means every kind of investment, owned or controlled directly or indirectly". Anything that follows in the definition quoted above is included in this concept. This has not the effect, however, of excluding items which may qualify as an investment while they may not be included in any of the items listed. In addition to Article I, the BIT contains in Article II, dealing with "treatment of investment", a list of "associated activities", that are to be treated like investments and include, *inter alia*, "the making, performance and enforcement of contracts" (paragraph 2, letter c).

47. The Tribunal has received ample information about the activities exercised by Mr. Mitchell in the DRC, which allow to answer the question concerning the existence of an investment of the Claimant in the DRC. These elements of information include in particular the declarations made by former clients of the firm, the agreements concluded with former associates who left the firm in 1991 and the income statements for the year 1996 to 1998.

48. The Tribunal finds that in respect of items of Mr. Mitchell's property seized during the intervention of the military forces on March 5, 1999, the requirement listed under Article I(c)(i) of the BIT is met. This concerns movable property and any documents, like files, records and similar items. It further appears from the text of the provision as quoted that the investor's right to "know-how" and "goodwill" (iv) as well as the right to exercise its activities (vi) are elements which are stated as being covered by

the protection of investments under the BIT. This concerns also the payments registered on the accounts of Mr. Mitchell in the United States to which Claimant refers in order to demonstrate his activity within the DRC. Indeed, these payments are based on bills for fees referring to legal consultations provided by Mr. Mitchell and his employees through the office "Mitchell & Associates" within the DRC.

49. Respondent opposes in particular to the jurisdiction of this Tribunal the fact that, in its view, the activity of Mr. Mitchell's legal firm does not qualify as a "service" in respect of the BIT and Congolese law. These legal sources, in case of lack of an appropriate definition, would also have to be completed with the laws and usages of international commerce.

50. On this particular question, the Tribunal has to stress firstly that the definition of an investment, as a material element of the definition of the scope of the consent to arbitration contained in Article VII of the BIT, is contained in the text of the BIT, which may have to be completed by an appropriate interpretation of this instrument. Such a concept, like any other concept retained as a matter of international law in this agreement, cannot be determined on the basis of the domestic law of one of the Parties. The principle of interpretation to be applied is contained in paragraph 1 of Article 31 of the Vienna Convention on the law of treaties of 1969, which reads as follows: "A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose."

51. Although it appears correct to state, as is done by the Respondent, that Mr. Mitchell's law firm does not qualify as an investment under the Congolese Investment Code, with regard to, in particular, the definitions contained in Articles 1, 4 and 7, this does by no means have the effect of excluding the assets and any other items connected with the firm from the notion of investment retained by the BIT. The same conclusion must apply to any other notion of "service" contained in other parts of Congolese domestic law. For this reason, the Tribunal does not have to examine, in relation to the question of its jurisdiction, whether Mr. Mitchell's firm had or did not have the permission to perform activities as attorney-at-law or legal consultant. The Tribunal notes, however, that according to the law on the organization of the profession of attorney-at-law of September 28, 1979, in addition to their exclusive right to represent clients before the Courts, attorneys are permitted to provide legal counseling to parties outside the judiciary context, but the same law does not stipulate that such an activity would be an exclusive privilege of attorneys, nor that it would require an authorization.

52. With regard to the notion of "service contracts" as contained in the introductory part of Article I(c) of the BIT, the Tribunal notes that this notion is not further defined in the Treaty and that the exceptions listed in the Annex on behalf of the Republic of Zaïre are not helpful in this respect. Similarly, the associated activities referred to in Article II, which include "the making, performance and enforcement of contracts", do not contain any element of restriction in respect of service contracts. Nor does the Treaty support the interpretation of the DRC according to which legal counseling and activities as attorney-at-law, in order to be included in the notion of service under the BIT, should have been affirmatively and expressly qualified as such in the Treaty. Such approach has not been

chosen by the Contracting States to the BIT, neither in respect of legal services nor in respect of any other service. There does not exist either, as has been suggested by Respondent, a limitation of the scope of the BIT exclusively to commercial matters.

53. It appears therefore to the Tribunal that in the absence of any indication directing to the exclusion from the scope of the Treaty of particular activities that may be considered as services, such a concept should be given a broad meaning, covering all services provided by a foreign investor on the territory of the host State. In this respect, the concept of service is a notion proper to the BIT. There is no indication that such a concept should be interpreted in light of other agreements containing the notion of services, like those concluded within the GATT or the WTO, where such a notion is used for other purposes, different from those which were prevalent at the time of the signing of the BIT in 1984. Therefore, the services typically offered by a firm providing legal advice as did the Claimant's firm are covered by the notion of services used by the BIT.

54. The Tribunal further observes that the matter of interpretation of the notion of "service contracts", as contained in Article I(c) of the BIT, is anyhow not determinative for the decision on the question of the Tribunal's jurisdiction. Indeed, as the definition in the provision referred to states explicitly, the notion of "service and investment contracts" is used for purposes of illustration only. Under the BIT, the notion of investment means "every kind of investment". Article VII on consent to ICSID arbitration is equally broad in this respect, when it states the following:

"1. For the purposes of this Article, an investment dispute is defined as a dispute involving

- (a) ...
- (b) ...
- (c) an alleged breach of any right confirmed or created by this Treaty with respect to an investment."

55. The Tribunal can draw from these elements of definition the conclusion that the BIT contains a definition of the notion of investment which is as broad as the concept is used in the ICSID Convention. In addition to movable property, Claimant transferred into the Congo money and other assets which constituted the foundations for his professional activities which came to an end the day of the seizure of his firm or soon thereafter. Together with the returns on the initial investments, which also qualify as investments (see Article I(c) of the BIT), these activities and the economic value associated therewith qualify as an investment within the meaning of the BIT and the ICSID Convention.

56. The Respondent further argues that Claimant's activity does not qualify as an investment as it does not satisfy the objective requirements in this respect. Respondent mentions the fact that such activity does not constitute a long-term operation nor is it materialized by a significant contribution of resources, and that it is not of such importance for the State's economy that it distinguishes itself from an ordinary commercial transaction. The Tribunal notes, however, that these elements, while they are frequently present in investment projects, are not a formal requirement for the finding that a particular activity or transaction constitutes an investment. Such a concept, as long

as it is not supplemented by the appropriate restrictions, does equally include, under the ICSID Convention, and, as demonstrated, under the BIT, "smaller" investments of shorter duration and with more limited benefit to the host State's economy.

57. The Tribunal concludes, accordingly, that Mr. Mitchell's property detained in the Offices of Mitchell & Associates and the resources and activities related to this firm qualify as an investment within the meaning of the ICSID Convention and the BIT. Therefore, the Tribunal decides that this dispute is within the jurisdiction of ICSID and the competence of this Tribunal.

C. The Merits of the Dispute

I. The applicable provisions of the BIT

58. The Investment Treaty concluded in 1984 between the United States of America and the Democratic Republic of Congo ("Zaire" at that time) contains a number of provisions on the protection of investments that can be found in many other Treaties of this kind. Article II of this BIT is dealing with the "Treatment of Investment" and it provides under paragraph 4 as follows:

"Investments of nationals and companies of either Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy protection and security in the territory of the other Party. The treatment, protection and security of investment shall be in accordance with applicable national laws, and may not be less than that recognized by international law. Neither Party shall in any way impair by arbitrary and discriminatory measures the management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion, or disposal of investment made by nationals or companies of the other Party. Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investment of nationals or companies of the other Party."

59. One particular and important aspect of such protection of investments concerns the protection in case of measures of expropriation or nationalization. Article III of the BIT, under the heading "Compensation for Expropriation", provides in this respect, under paragraph 1, in its first part, the following:

"No investment or any part of an investment of a national or a company of either Party shall be expropriated or nationalized by the other Party or subjected to any other measure or series of measures, direct or indirect, tantamount to expropriation, unless the expropriation:

- (a) is done for a public purpose;
- (b) is accomplished under due process of law;
- (c) is not discriminatory;

- (d) does not violate any specific provision on contractual stability or expropriation contained in an investment agreement between the national or company concerned and the Party making the expropriation; and
- (e) is accompanied by prompt, adequate and effectively realizable compensation."

60. As the Parties to this dispute have not concluded an agreement in respect of the applicable law, the Tribunal, pursuant to Article 42(1) of the ICSID Convention, shall apply the law of the Contracting State party to the dispute and such rules of international law as may be applicable. The most prominent rules of international law applicable to investment disputes are the rules embodied in investment treaties to which the host State is a party. The BIT concluded in 1984 contains the rules of international law applicable to the merits of this dispute. As the DRC is a party to the BIT, the rules of this Treaty are equally to be considered as part of the law of the State party to this dispute.

II. The notion of expropriation

61. It is not argued in this case that any formal measure of expropriation of Mr. Mitchell's firm had been taken. Claimant contends that the seizure of his firm, including all measures related to such seizure, constitutes an event which has to be qualified as being, directly or indirectly, tantamount to an expropriation, within the meaning of Article III(1) of the BIT, as quoted above.

62. As a factual matter, it is not disputed between the Parties that on March 5, 1999, an intervention executed by military forces of the DRC took place, without having been announced. During this intervention, which lasted for several hours, the premises housing the firm of Mr. Mitchell were searched and put under seals, documents qualified as compromising were seized and two lawyers, [...] and [...], put into prison. These individuals remained under arrest for eight months, until the day they were released by a decision of the Military Court on November 12, 1999, which ordered also the removal of the seals placed around the premises of Mr. Mitchell's firm and the return of the documents that had been seized.

63. Whereas Claimant asserts that the documents taken by the military forces have never been returned, Respondent contends that this had been done. The Military Court refers in its decision to such documents, without further precision. Thus, there is evidence before the Tribunal that part of the firm's documentation and files have been seized on March 5, 1999. Respondent, which has been the holder of these documents during the critical period, has not shown to the Tribunal any proof of their return or restitution, like a copy of a receipt signed by a staff-member of Claimant's firm. Respondent argues that according to Congolese law, it was up to [...] and [...] to collect the documents that were seized and that, if they failed to do so, those documents were deemed to be abandoned; no evidence has been produced in this respect. However, the issue whether the seized documents have been returned or not, is not relevant to the resolution of this dispute. Indeed, Claimant does not seek a relief relating to the return of files or other documents,

nor does he claim property he may have lost during the events in 1999. Claimant seeks compensation for damage suffered from the loss of clients and the closing of the firm that occurred on March 5, 1999 and that he continued to suffer after [...] and [...] had been released.

64. Claimant produced before the Tribunal a number of affidavits made by authorized representatives of companies doing business in the DRC which were clients of Mr. Mitchell's firm at the relevant time, including [...] and its [...] and [...]. It results from these statements, that these clients no longer had recourse to the services of the Claimant's firm as from March 5, 1999, and that they did not return seeking such services when [...] and [...] were released, at a time when Mr. Mitchell's concerns for his own safety did not allow him to re-enter the territory of the DRC. Respondent did not contest nor discuss the fact that Claimant's firm lost clients as a consequence of the intervention of March 5, 1999.

65. On the basis of the statements made by representatives of companies which were clients of the firm of Mr. Mitchell, and considering the negative impact that the seizure, operated by military forces for purported reasons related to the security of the DRC, and the subsequent closing of the firm, must have had on the clients of Claimant's firm, the Tribunal concludes that the intervention which took place on March 5, 1999 ended with the total loss of the firm as an entity providing legal services in the DRC.

66. The Tribunal has not been given information that the Claimant's firm had reopened anytime after its closing in March 1999. Both Parties mention that Mr. Mitchell went to the Congo, in April 2002 according to the Respondent and in the middle of 2002 according to Claimant. Claimant filed with the Tribunal an "Amicable Settlement Agreement" ("Accord de Règlement Amiable") concluded between [...] and [...].
[...]

67. Respondent's main objection to the claim is that the Mitchell & Associates firm has not been victim of any measure of expropriation and that, therefore, no compensation is due under such title. For the Respondent, indeed, the BIT uses the term expropriation, but it does not contain any definition. Such definition, it says, has therefore to be found by reference to national law, which is in this case the law of the Congo. As stated by Respondent, the law No. 77-001 of February 22, 1977 does provide for expropriation for a public purpose, but it can relate to immovable property only. Even if one would consider that the seizure of movable property would be tantamount to an expropriation, this could be of concern, in the instant case, for the seized documents only. However, these documents have been the subject of a regular seizure which cannot be assimilated to an expropriation. Respondent contends that, as a consequence of the decision of the Military Court, these documents have been returned.

68. The Tribunal cannot follow Respondent's arguments in this respect. The State Parties to the BIT have, by necessity, agreed upon an autonomous regime on the protection of investors in case of expropriation, based on international law. If, for each Contracting State, it would be permitted to refer to its own national law to determine the cases qualifying as an expropriation, each State Party to the Treaty would be able to

define for its own country the scope of the protection which the Treaty provides to investors. Thus, if one follows Respondent's view, no protection would be warranted in respect of investments in the DRC composed of financial funds, companies, rights to intellectual property, or returns from other investments, all of them being assets different from immovable property and therefore not subject to expropriation under the law of the Congo, notwithstanding the fact that these assets are mentioned on the list of the investments protected under the BIT (Art. I). Such a view in respect of the protection of investments in case of expropriation is manifestly not what the State Parties to the BIT had in mind. Pursuant to Article II(4) BIT, quoted above, the protection of investments shall be in accordance with national laws but it "may not be less than that recognized by international law".

69. Moreover, Respondent's objection does not reflect that the principle of the obligation to offer compensation in case of nationalization or expropriation is contemplated in the Constitution of the DRC of 1994 (Art. 22) and constitutes one of the generally recognized principles of international law, as this has been stated by the Arbitral Tribunal seized through ICSID with the dispute in the matter *Ltd. Benvenuti et Bonfant Srl vs. the Government of the People's Republic of the Congo* (ICSID Case No. ARB/77/2, Award of August 8, 1980, see International Legal Materials 1982 p. 740, 758, para. 4.64).

70. An expropriation of an asset invested is a measure by which the host State, acting for a public purpose, deprives the investor of his title in respect of such asset, totally or in part. Such title can be property or a receivable or any other right which constitutes an asset qualified as an investment by the definition given in Article I of the BIT. As indicated in Article III(1) of the BIT, the notion of an expropriation is not a formal one, which would imply that a decision of an authority of the State would be needed in order to qualify a taking of title as an expropriation. This notion is to be understood as substantial in nature, which means that it covers any measure which is, directly or indirectly, tantamount to an expropriation. The Protocol added to the Treaty further stipulates that "direct or indirect measures tantamount to expropriation" may include "the levying of taxes equivalent to indirect expropriation, the compulsory sale of all or part of an investment, or the impairment or deprivation of the management, control, or economic value of an investment".

71. In the Tribunal's view, the measures taken by the military authorities of the DRC are tantamount to an expropriation of Mr. Mitchell's investment, including the loss of clients who no longer made use of the services provided by the firm. Done as it was under dramatic circumstances, as is the case in a sudden intervention of military forces, the search and the sealing of the premises of the firm, the detention of two employees for the purported reason of the security of the State, the intervention of March 5, 1999 ended up with the total loss of the firm's clients. That loss is to be explained not only by the fact that the firm ceased to offer services and by the circumstances relating to the intervention on March 5, 1999, but also by the fact that many clients had been asking the firm for counseling in relation to requests to be presented to State authorities, for which Mitchell & Associates was no longer a credible reference after March 5, 1999.

72. The arrest of two employees lasted more than eight months and Mr. Mitchell considered preferable to stay abroad waiting for the situation to improve in respect of his safety. The expropriation initiated by the intervention of March 5, 1999 has, therefore, not produced results that could be qualified as being of an exclusively transitory nature. The loss of clients was definitive. It is correct to say that the Military Court ordered the restitution of the documents which had been seized. Such restitution has not been evidenced before this Tribunal. Even if it had occurred, such return would manifestly not have been an incentive for the clients to return. The Tribunal cannot, therefore, share Respondent's view that the removal of the seals, the release of the two employees and the restitution of the items seized for the purpose of the inquiry did re-establish the Claimant in his rights.

73. Under the BIT, an expropriation is prohibited if it does not conform with all of the five requirements listed in Article III(1), quoted above. Claimant contends, firstly, that the expropriation he suffered was not made for a public purpose (lit. a) and under due process of law (lit. b) and that it was discriminatory (lit. c). Secondly, he affirms that the measures directed against him were not accompanied by "prompt, adequate and effectively realizable compensation" (lit. e).

74. On the first point, the Tribunal does not have to rule on it since the sole purpose of the claim is to provide Mr. Mitchell with compensation for the prejudice he suffered. It is true that the decision of the Military Court of November 12, 1999 stated that the arrest of [...] and [...] was not justified and that, with the exception of two cars requisitioned by the army, all items that have been seized had to be returned. Respondent argues, however, that on March 5, 1999, the authorities of the Congo had sufficient reasons to fear for the security of the State and to justify an intervention and an investigation, the principal reason relating to the risk that the product of the sale of the 99 tons of cassiterite would go to [...], a company which was, in the view of the Congolese authorities, run by certain individuals with ties to the rebellion against the Government of the DRC. The Tribunal does not dispose of enough information to evaluate, under all pertinent angles, the situation as it existed in March 1999. It cannot make a statement, therefore, on Respondent's argument that there existed, at the relevant time a public purpose and a legitimate power of the military forces, based on the Constitution or the Law, that would have justified, at least as a preventive measure, the intervention which did actually occur.

[...]

III. The right to receive compensation

76. Claimant affirms, without being contested by Respondent on this point, that he did not receive any compensation in relation to the intervention of March 5, 1999 and its consequences. As the measures taken by the Government of the DRC in respect of the firm of Mr. Mitchell have not been accompanied by a compensation as contemplated in letter e) of Article III(1) BIT, the Government has acted in violation of Article III(1). Such a violation of an undertaking made in the Treaty creates an obligation upon Respondent to repair the economic prejudice thereby suffered by Claimant.

77. The compensation to which a victim of an expropriation is entitled is defined in the second part of Article III(1) of the BIT in the following terms:

"Compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investment. The calculation of such compensation shall not result in any reduction in such fair market value due to either prior public notice or announcement of the expropriatory action, or the occurrence of the events that constituted or resulted in the expropriatory action. Such compensation shall include interest at a rate equivalent to current international rates from the date of expropriation, and be freely transferable at the prevailing market rate of exchange on the date of expropriation."

By reference to this provision, the Tribunal has to determine the "fair market value" of Mr. Mitchell's firm as of March 5, 1999.

78. For the purpose of analyzing this value, Claimant has produced an evaluation prepared by [...]. This expert has reviewed Mitchell & Associates' income statements for the fiscal years ending December 31, 1996 through December 31, 1998, the firm's financial statements for the fiscal years ending February 29, 1996 through February 28, 1999, and the firm's accounting records for the years 1996 through 1998. Moreover, [...] indicates that he did interview Mr. Mitchell regarding the background and nature of the firm's practice and that he did research economic and industry data. Professor Maritz has concluded that the "fair market value" of the firm at the relevant time was US\$ [...]. [...] assumed that the firm not only would have continued to service existing clients but would have acquired new clients, particularly in the mining and banking sectors. Accordingly, he concluded that if the seizure had not occurred, the firm's future profits would have been at least the amount earned in 1998, which is US\$ [...] per year. On the basis of this estimated profit, the expert consulted by Claimant used the so-called Capitalized Earnings Approach, under which the expected profits are divided by a risk factor (24 percent in the present instance), which results in a value of the firm to be US\$ [...]. He also found that in dividing this value by the expected profits (US\$ [...]), such value would have been realized over a period of 4.16 years, which corresponds to the period during which Mr. Mitchell would have continued to practice law in the Congo if the seizure had not occurred. Using also the Discounted Future Earnings Method, [...] arrived at the identical figure of a value of US\$ [...].

79. Claimant has submitted combined income statements for the years 1996, 1997 and 1998, prepared by [...]. They record the income and expenses incurred. For each year, these statements are divided in three parts, reflecting payments made, respectively, through the accounts of Mitchell & Associates in Seattle (Washington, USA) and Johannesburg (South Africa, RSA), as well as the payments provided in cash in local currency in Kinshasa. For reasons related to the monetary fluctuations in the DRC, most clients paid their fees in US\$ to the accounts of Mitchell & Associates in the USA or in the RSA, whereas payments in cash were usual in the Congo.

80. Respondent did not comment in any detail on these statements. The Government of the DRC objects, however, that the statements relating to accounts in the USA and the RSA are in fact connected to activities of the Claimant in those two countries. As they are, in the Respondent's view, unrelated to any service provided in the Congo, they are irrelevant for the evaluation of the Claimant's firm in the DRC. On the basis of the statements of income and the billings filed as evidence of such income, the Tribunal is satisfied that the incomes referred to in these statements are related to services provided by the Claimant's firm in the DRC. The clients to whom these billings were addressed were seeking and have been provided with services of the firm in the Congo. The fact that most payments were addressed to Mr. Mitchell's office in the USA does in no way imply that the office in the DRC did act as a mere sub-contractor. Anyhow, even if this would have been the case, the prejudice caused by the loss of the clients in the Congo would have been the same.

81. For the year 1998, which Claimant takes as the main basis for the calculation of his loss, the combined income statement, covering revenue accrued in all three countries (RSA, USA, DRC), shows (in US\$):

[...]

These amounts show a net amount of [...] which reflects in Claimant's view the profit in US\$ for 1998.

82. The income statements relating to the accounts in the USA and the RSA are supplemented by (1) the journal recording all incomes and expenses, (2) bank statements, (3) a list of payments of client fees and (4) billings to clients.

[...]

87. In respect of the accounts held at the Office in Kinshasa, the Tribunal accepts that Claimant's documentation is incomplete as a consequence of the intervention in March 1999. No adverse consequences should be drawn against Claimant for the lack of documents which have been taken away by the military forces and not returned. [...]. The Tribunal finds that the variations and differences appearing when consulting these accounts, as well as the small amounts on balance, do not justify taking them into account for the purpose of establishing the commercial value of the firm, the profit of which results essentially from the accounts held in the USA.

88. The analysis of the statements presented and of the information further provided by Claimant lead the Tribunal to the understanding that the effective profit was US\$ [...] for 1996, US\$ [...] for 1997 and US\$ [...] for 1998. [...].

[...]

90. In respect of the funds transferred from Claimant's US bank accounts to the DRC office and to the RSA office, Claimant affirms that they represent the expenditure that had already been taken into account in the expenses recorded for the offices in the DRC

and in the RSA. Thus, to deduct such inter-office transfers would amount, in Claimant's view, to a double-counting of these expense items. Claimant further contends that the expenses that were funded by the inter-office transfers were brought on the accounts in the DRC and RSA offices and already appear in the combined income statement prepared by [...]. The Tribunal, however, observes that the payments debited on the accounts of the US office for the purpose of funding the DRC and the RSA offices were reasonably to be credited on the accounts of the latter offices, before the expenses of these offices were actually paid with the respective amounts. Claimant has not provided the Tribunal with any further detail about these transfers. The accounts of the RSA office contain several deposits originating from the US office. Therefore, when these payments are deducted from the amount on credit of the US account and subsequently credited to the DRC/RSA accounts, no double-counting occurs. Therefore, these amounts cannot be added to the figure representing the profits made through the US office.

91. Claimant contends that in order to assess the level of profitability which would have occurred in the future, the appropriate figure is determinable by averaging the three years 1996 to 1998 either by simple average or weighted average. In the Tribunal's view, such an approach is reasonable in light of the important variations in the annual results. The variations in the annual results are considerable. The decrease in profit in 1998 has not been explained as being exceptional, apart from the fact that the bonus paid to [...] was particularly high that year. It has been noted also that certain expenses are included in the loss registered in the RSA. In addition, some weight has to be given to the lack of more structured and readable accounts, despite the repeated queries addressed to Claimant. The Tribunal therefore concludes that an amount of US\$ [...] could reasonably be retained as an expected annual benefit as from 1999.

92. The evaluation of the period subsequent to the events of March 1999 during which profit is to be anticipated is a delicate matter. The Tribunal observes that [...] did not explain the manner in which he applied (1) the Capitalized Earnings Approach and (2) the Discounted Earnings Method, nor did he demonstrate how these methods take into account the particular circumstances related to Mitchell & Associates activity. After a first query addressed to Claimant in its letter of March 10, 2003, the Tribunal wrote again to the Claimant through its letter of August 14, 2003, in the following terms:

“..., Claimant has given a short reply only to the question raised by the Tribunal in its March 10, 2003 letter concerning [...] evaluation (questions No. 2 and 3), basically repeating what has already been written in the first Memorial on the merits. Claimant is invited again to reply fully to the questions raised, in order to allow the Tribunal to understand (1) the methods of calculation that have been applied and (2) the determination of the factor for capitalization which would support the conclusion that the benefit of the Firm was to be expected for a period of 4.16 years as from March 1999 in the particular market of provision of legal services in the DRC.”

In its answer of September 5, 2003, Claimant explained that the income used was the last two years annualised results. The amount of US\$ [...] was used as an extremely conservative estimate of the future earnings, assuming no growth in earnings and already taking account of the developments within the DRC. Claimant added that the

capitalization rate of 24% was based on the average rate used in all transactions valued by [...] since 1992 and involving similar firms of attorneys. In this respect, says Claimant, both the DRC and South Africa are to be classified as relatively similar in country status, which allows the use of the same rate. However, these statements have not been supported by appropriate evidence, the Claimant's adding only that he offers to brief a further expert if the Tribunal finds that the explanation by [...] is inadequate. Claimant did not explain to the Tribunal to what extent the economic and industry data collected by [...], which have not been presented to the Tribunal, support the estimated profit anticipated for more than 4 years as from March 1999.

93. The Tribunal acknowledges that the mining and banking sector in which the Claimant was particularly involved, are among the most profitable parts of the Congo's economy, despite a lack of political stability in that country. However, the commercial value that Claimant identifies essentially as his know-how and client-basis can hardly be given an asset-value of more than four years. First of all, the capitalization rate of 24% used by [...] might be valid in the South African context; however, one cannot assimilate the economic and political environment of the Congo to that of South Africa. A higher capitalization rate would clearly be required in the case of the Congo. Secondly, it has been established that Mr. Mitchell visited the Congo some time in 2002, without being interfered with. In the circumstances, the Tribunal finds that a shorter period would be more realistic, which it establishes at three years. It results from this that the "fair market value" of Mitchell & Associates was at the relevant time US\$ 750,000.

94. Claimant submits that the rate of interest applicable to this amount is the Federal Reserve Board of Governors Bank prime loan rate which was at 7.75 percent in March 1999. Respondent argues that this matter is governed by the law of the DRC, which provides for a rate not higher than 6% in respect of civil law claims and 8% in commercial matters, to be determined as from the date of the filing of the claim with the court. In reply, Claimant, without arguing about the applicable law, contends that Congolese law gives power to the courts to determine the rate of interest in a range between 6% and 12% and that in tort actions, the injured party may recover interest on the damages from the date of the loss. Respondent rejects this explanation, adding in particular that under Congolese law, a tort claim cannot produce interest before it comes into legal existence by a court order awarding the principal amount. The Tribunal, however, has to apply the pertinent provisions of the BIT which prevail over Congolese domestic law. Pursuant to the second paragraph of Article III(1) of the BIT (corresponding to the third paragraph of the same provision in the French version), "compensation shall include interest at a rate equivalent to current international rates", to be fixed as "from the date of expropriation". The Tribunal is of the view that the rate indicated by Claimant is appropriate. Therefore, the annual rate of 7.75% shall apply to the amount of US\$ 750,000 as from March 6, 1999.

95. In conclusion, the Tribunal decides that Respondent has to pay to Claimant the amount of US\$ 750,000 plus interest thereon at a rate of 7.75% per annum from March 6, 1999 until the date of payment.

D. The Counter-claim of the DRC

96. In its counter-memorial of September 3, 2001, Respondent presented a counter-claim on damages for the amount of one million US dollars “for nuisances caused by the petitioner” and “for attack to the good reputation to the DRC”. In its counter-memorial in reply of January 7, 2003, Respondent indicated an amount of US\$ [...], covering both the damages for attacking the reputation of the DRC and for the costs incurred by the latter for its defense in this litigation. In the answer given to the questions raised by the Tribunal in its letter of March 10, 2003, Respondent explained the difference between these two amounts by the costs related to its defense in this proceeding.

97. In view of the Tribunal’s conclusion that Claimant has been the victim of an expropriation in violation of Article III(1) of the BIT and that Respondent shall be required to pay Claimant an appropriate compensation, the Tribunal concludes that the counter-claim is not founded in the light of the outcome of this dispute. The allocation of costs will be dealt with below.

E. The division of the costs of these proceedings

98. Claimant requests that Respondent be required to reimburse to him all his costs incurred in undertaking this arbitration, including the arbitrators’ fees, the fees of any expert, the legal costs incurred by Mr. Mitchell and any administrative costs. Claimant’s costs have been identified as US\$ 206,560 (divided in US\$ 172,337.40 and R 243,223.81).

99. Respondent requests that Claimant be required to pay the DRC all costs incurred as expenses in the present litigation, including fees of arbitrators and experts. Respondent’s costs have been identified as US\$ 307,907.50.

100. Taking into account that Respondent did oppose without success the Tribunal’s jurisdiction and that its objections to the merits of the claim have been rejected by the Tribunal, as well as its counter-claim, while Claimant has been successful with respect to a part of his claim only, the Tribunal finds appropriate that Respondent shall bear its own costs, expenses and counsel fees and that it shall contribute to Claimant’s costs by the amount of US\$ 35,000. Claimant shall bear its own costs, expenses and counsel fees above this amount of US\$ 35,000. The costs incurred by the Arbitral Tribunal and ICSID have been settled by Claimant in the amount of US\$ 110,000 and by Respondent in the amount of US\$ 70,000. The Tribunal decides that Respondent shall bear its share and shall further pay to Claimant the amount of US\$ 60,000, who will bear the costs of the Tribunal he paid above the latter amount. Therefore, Respondent shall pay to Claimant

the total amount of US\$ 95,000, together with interest at an annual rate of 7.75% as from the date of the Award.

101. The Tribunal rejects moreover Claimant's request to be awarded an amount of US\$ 530,000 in case Respondent would not pay the amount awarded within the time limit provided for by the Tribunal. Indeed, apart from the fact that the Tribunal's decision cannot include an indemnity for an hypothetical prejudice, Arbitration Rule 28 does not allow the allocation of costs incurred by a party after the closure of the proceeding.

F. Decision

102. On the basis of the reasons given above, the Tribunal, by a majority, finds as follows:

1. This dispute is within the jurisdiction of the Centre and the competence of this Tribunal.
2. Mr. Patrick H. Mitchell has been the victim of an expropriation by the Democratic Republic of the Congo in violation of Article III(1) of the Bilateral Investment Treaty between the Democratic Republic of the Congo and the United States of America.
3. The Democratic Republic of the Congo shall pay to Mr. Patrick H. Mitchell the amount of US\$ 750,000.00 plus an interest on such amount at an annual rate of 7.75%, commencing on March 6, 1999, until the date of payment.
4. The counter-claim of the Democratic Republic of the Congo is rejected.
5. The Democratic Republic of the Congo shall bear its own costs, expenses, counsel fees, including its share of the costs incurred by the Arbitral Tribunal and ICSID.

The Democratic Republic of the Congo shall pay to Mr. Patrick H. Mitchell the total amount of US\$ 95,000, together with interest at an annual rate of 7.75% as from the date of the Award, as a contribution to Claimant's costs, expenses and counsel fees, including his share of the costs incurred by the Arbitral Tribunal and ICSID.

Mr. Patrick H. Mitchell shall bear his costs, expenses and counsel fees, including his share of the costs incurred by the Arbitral Tribunal and ICSID, in any amount higher than US\$ 95,000.

	[signed]	[signed]
Yawovi Agboyibo Arbitrator	_____ Andreas Bucher President of the Tribunal	_____ Marc Lalonde Arbitrator
	Cologne, January 14, 2004	Montreal, January 26, 2004

EXCERPTS

TRANSLATION FROM ORIGINAL IN FRENCH

Case No.ARB/99/7

PATRICK H. MITCHELL

v.

THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO

Dissenting opinion

By

Yawovi Agboyibo

Arbitrator

INTRODUCTION

1. I regret that I cannot associate myself with the Award rendered by the Tribunal in the dispute between the Democratic Republic of the Congo and Mr. Patrick Mitchell.
2. I should like to make clear, however, that I entirely agree with the passages of the Award dealing with the source of the dispute, the respective positions of the parties and the stages of the proceeding.
3. I should also like to note that the Tribunal correctly examined the problems raised in this case by basing itself primarily on the rules accepted by both parties, in particular the ICSID Convention and the Bilateral Investment Treaty of August 3, 1984.
4. Without prejudice to the comments I shall now make with regard to the precondition of jurisdiction, I think that the Tribunal rightly applied the above-mentioned rules to the issue of whether or not Mr. Patrick Mitchell was the victim of expropriation of his law firm in the DRC. I believe that, in view of their consequences, the measures applied to the firm are tantamount to an expropriation, even though the Congolese authorities may have acted legally or did not intentionally seek the effects produced.
5. If I do not agree with the Award, it is because, in my opinion, the Tribunal has not provided appropriate responses to the other two points argued by the parties:
 - *the investment required for the dispute to be within the jurisdiction of the Arbitral Tribunal (A);*
 - *the bases for evaluation of the compensation claimed by Mr. Patrick Mitchell (B).*

**A. CONCERNING THE INVESTMENT REQUIRED FOR THE DISPUTE TO BE
WITHIN THE JURISDICTION OF THE ARBITRAL TRIBUNAL**

6. The evaluation of the investment required for the dispute to be within the jurisdiction of the Arbitral Tribunal was strongly influenced by the fact that the parties placed more emphasis in their debate on the **form** than on the **content** of the notion of investment.

7. In refusing to recognize the jurisdiction of the Arbitral Tribunal, the DRC relied exclusively on the ground that *the activity as an attorney or legal counsel does not qualify as an investment* without taking into account the elements alleged by the Claimant as being investments.

8. The DRC contends, among other things, that the activity as an attorney or legal counsel does not qualify as a service within the meaning of Article I (c) of the BIT which provides a definition of the term investment. It also argues that the license to operate delivered to the Claimant is not in conformity with the Congolese Investment Code. It contends, moreover, that the profession of attorney-at-law or legal counsel is not considered as a commercial activity falling under the scope of the BIT.

9. The Tribunal is correct in rejecting the various facets of the argument. I should simply like to note that I do not understand why the Tribunal insisted on including among the grounds for the Award that it “*does not have to examine, in relation to the question of its jurisdiction, whether Mr. Mitchell’s firm had or did not have the permission to perform activities as attorney-at-law or legal consultant*” (Award, para. 51). It could have omitted these grounds, especially since it responded immediately thereafter to the concern expressed by the DRC. In reality, I find it surprising that the Tribunal implies that the Claimant could have set up business in the host country without conforming to the regulations and administrative procedures referred to in Articles II (9) and IX (a) of the BIT.

10. That being said, I agree with the decision that the activity as an attorney or legal counsel may serve as a framework for an investment justifying the jurisdiction of the Tribunal.

11. *But can one go so far as to say that the activity as an attorney or legal counsel constitutes in itself an investment as defined in the BIT and the ICSID Convention* (Award, paras. 52 and 53)?

Likewise, I wonder if it is possible to qualify as an investment justifying the jurisdiction of the Arbitral Tribunal:

- *the service contracts by which Mr. Patrick Mitchell provided legal assistance to his clients* (Award: paras. 46 and 48);
- *the goodwill of the Claimant* (para. 48);
- *the payments registered on his accounts in the United States of America* (para. 48);
- *the right to exercise the activity of legal counsel* (para. 48).

12. Following the exchanges of views on these various issues, the Tribunal concluded that “...*the resources and activities related to this firm [Patrick Mitchell] qualify as an investment within the meaning of the ICSID Convention and the BIT*” (para. 57).

13. I do not share this opinion. The Tribunal, in my view, is mistaken.

14. It is true that contracts for legal assistance and the other activities referred to in the Award as constituting an investment are protected by the BIT. But Article II (2), which provides for such protection, took care to designate the activities in question by a specific term, “**associated activities**,” to mark their difference from the notion of “**investment**.” The nuance is not accidental. Nor is it by chance that the Treaty refers to “investment activities,” not in Article I (c) concerning the definition of investment, but in Article II, devoted to the treatment of investments. Although they benefit from the same protection, the two notions are distinct.

15. Insofar as the jurisdiction of the Tribunal is dependent solely on the evidence of an investment, the Tribunal should base its analysis on this notion. Once the required investment has been established, the protection thereof rightfully extends to associated activities and products, such as goodwill, service contracts, and fees.

This list of elements protected by the Treaty must be taken into account in applying the notions of expropriation and compensation.

16. The Tribunal was thus erroneous in its belief that it would attain the same result by qualifying as an “investment” *activities associated with investments*.

17. Besides, I do not think that the flexibility of the notion of investment can be used to cover every **service** referred to in Article I (c) of the BIT. A service, just like property, receivables, debt or any other element referred to in Article I (c) of the BIT, may not be qualified as an investment unless it is involved in a production process. “**Goods or services invested**” cannot be confused with “**goods or services produced**.” In the present instance, the services provided to third parties by the Claimant in the DRC and fees billed or returned for consideration are products of investment. It could be otherwise only if these fees were reinvested. Then they would constitute an investment within the meaning of Article I (c) (vii) of the Treaty.

18. Likewise, ordinary goodwill is the result of investment, not an element of investment. This is the case under the Treaty. It is also true under Congolese law, and in general in countries with a French legal tradition. In all these countries, goodwill is not included among the elements of investment. The only exception is the case of transfer of goodwill, where the transferee acquires a right of non-competition vis-à-vis the transferor; this right may be qualified as an investment in terms of the intellectual and industrial property rights referred to in Article I (c) (iv) of the BIT. This exception does not apply in the present instance, since the Claimant has not proved that the transfer of assets agreement he signed on March 31, 1991 with his former associates included a transfer of goodwill clause.

19. I have also wondered how the Tribunal could have speculated on the flexibility of the notion of investment to the point of extending its application to income registered by Patrick Mitchell in his accounts in the United States of America and in the Republic of South Africa, without concerning itself with the scope of coverage of the BIT.

20. In reality, the only investment to which Mr. Patrick Mitchell referred in his supplementary memorial of October 11, 2001, under heading G (points 39-51), is constituted by the assets he

acquired by the transfer of assets agreement he signed on March 31, 1991 with his former partners, [...]. He did not mention goodwill, legal assistance contracts or fees in the above-mentioned memorial except under the heading of compensation. Thus, unlike the Tribunal, the Claimant did not extend the notion of investment to associated activities.

21. But now we come to the heart of the matter: why did the Tribunal combine the two notions? Is it because it felt that the investment as established by the BIT and the ICSID convention would not be significant enough to justify the Tribunal's jurisdiction? I had personally thought at one stage of the Tribunal's exchanges that the assets acquired by the Claimant as a result of the transfer of assets agreement of March 31, 1991 might justify the jurisdiction of the Tribunal. But I came to understand as I listened to the Tribunal that we ran the risk of being inconsistent if we qualified as an investment the movable property, files, records, and other documents present in the office at the time of the seizure. Actually, if proper care is not taken, Mr. Patrick Mitchell could ultimately take advantage of his authorization to practice the profession of legal counsel in order to claim entitlement to argue before the ICSID Tribunal. This would open the door to countless abuses.

22. We must thus avoid confusion in applying the notion of investment. It is one thing to invest, and another to "practice activities."

23. By confusing "investment" with "associated activities," the Tribunal has given an inappropriate response to the objection to its jurisdiction, wrongly basing itself on the volume of Mr. Patrick Mitchell's activities in order to maintain that in this case there was an investment within the meaning of the BIT and the ICSID Convention.

B. CONCERNING THE BASES FOR EVALUATION OF COMPENSATION CLAIMED BY MR. PATRICK MITCHELL

24. The Tribunal was asked to respond to the question of whether it was necessary, in determining the compensation claimed by Mr. Patrick Mitchell, to take into account only the fair market value of his office in the DRC, or if the value of his other two offices in the United States of America and in the Republic of South Africa should also be included.

25. It decided to take into account the value of the three offices, because "*[o]n the basis of the statements of income and the billings filed as evidence of such income, the Tribunal is satisfied that the incomes referred to in these statements are related to services provided by the Claimant's firm in the DRC. The clients to whom these billings were addressed were seeking and have been provided with services of the firm in the Congo. The fact that most payments were addressed to Mr. Mitchell's office in the USA does in no way imply that the office in the DRC did act as a mere sub-contractor*" (Award, para. 80).

26. I dissociated myself with the Tribunal's reasoning because I found it shocking.

27. In clarification of my opinion, I should like to note that no one disputes the fact that Patrick Mitchell's office in the DRC is legally distinct from his offices in the other two countries, and that it has its own local clientele and operating account.

28. It is also agreed that, in respect of the clients living abroad on whose behalf the DRC office acted at the request of the offices in the USA and RSA, it was the latter which billed and collected the fees.

Contrary to the views expressed in the Award, it is undeniable that, for the clients abroad, the Kinshasa office provided services merely as a sub-contractor acting on behalf of the offices in USA and RSA. Furthermore, by every indication, the funds transferred to the DRC office by the offices in the USA and RSA were re-transfers of fees in consideration for the services thus provided. The re-transferred fees plus the internal income constitute, in my view, the only income that can be compared with expenses in determining the income statement for the operation of the Kinshasa office. The “capitalized earnings approach” used by the Tribunal to determine the market value of the “investment” allegedly expropriated from Mr. Patrick Mitchell must be applied to this last-mentioned income statement.

29. Why did the Tribunal choose to base itself on the consolidated revenue of the three offices? It would certainly not have done so if the income accrued by the Kinshasa office for the fiscal year 1998 had been substantial.

30. As it happens, for the fiscal year 1998 the operating account of the DRC office showed a deficit of US\$ [...]; billings filed and expenses paid amounted respectively to US\$ [...]. This statement certainly had some influence on the position taken by the Tribunal.

31. As it was necessary to hand down a sentence, there could have been another way of circumventing the problem. The Tribunal could have combined the capital earnings approach with a method that would determine the net assets of the office on the date of the actions of which the Congolese authorities are accused. The Tribunal could merely have invited the Claimant to provide it with appropriate information on the firm’s assets and liabilities; he had not yet done so, since the only element of evidence available to the Tribunal was the agreement which he had signed in 1991 with his partners to transfer a modest amount of assets. This step would have at least enlightened the Tribunal on the investments associated with the premises housing his firm in the DRC and all the other property he acquired subsequent to March 31, 1991.

32. I do not understand why the Tribunal ruled out this action, which I proposed, and instead chose to follow the reasoning by which the offices in the USA and DRC were merely billing and collection offices for services provided by the DRC office.

33. This move by the Tribunal first of all violates the scope of application of the BIT of August 28, 1984. The Treaty can only cover Patrick Mitchell’s office in the DRC. Its effects cannot be extended to offices opened by the Claimant in other countries.

34. Secondly, the action will have serious consequences in that it constitutes an open and inadmissible means of supporting a mechanism invented by Mr. Patrick Mitchell to illegally transfer abroad the income generated by his office in the DRC.

35. If Article V (1) (a) of the Bilateral Treaty of August 28, 1984 guarantees Mr. Patrick Mitchell the free transfer of his returns in the DRC, it is on the express condition that he conform with the prescribed procedures in Congolese law and that he pay income taxes (Article V (3)).

36. However, by his method of billing and collecting fees abroad, Mr. Patrick Mitchell has, over the years, shielded the bulk of his revenues from the application of these regulations.

37. The Tribunal cannot close its eyes to such practices without betraying the objectives of the BIT and the ICSID Convention.

38. It is legally and morally unacceptable for Mr. Patrick Mitchell to be demanding with respect to the provisions of the BIT that favor him while his own behavior is detrimental to the development of the host country.

The Tribunal should not, in my view, consider granting compensation for any alleged prejudice to income that was illegally transferred abroad at the expense of the DRC.

CONCLUSION

39. In view of the foregoing, I believe that it is contrary to law and justice that the Tribunal is not only granting to Mr. Patrick Mitchell the amount of US\$ 750,000, plus interest at an annual rate of 7.75%, but is further sentencing the DRC to pay US\$ 95,000 as a contribution to the Claimant's costs, expenses and counsel fees, including his share of the costs incurred by ICSID.

40. For these reasons I abstained from signing the Award.

[signed]

Yawovi Agboyibo

Lomé, January 23, 2004

EXCERPTS

Date de l'envoi aux Parties: le 9 février 2004

Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements

PATRICK H. MITCHELL

c.

LA RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO

Affaire No. ARB/99/7

SENTENCE

RENDUE PAR LE TRIBUNAL

composé de

Andreas Bucher, Président
Yawovi Agboyibo
Marc Lalonde

Secrétaire du Tribunal

Martina Polasek

Représentant du Demandeur

M. Saul Shoot et Mme Michelle De Menezes
Fluxman Rabinowitz-Raphaely Weiner Inc.
Johannesbourg, Afrique du Sud

Représentant de la Défenderesse

S.E.M. Kisimba Ngoy Ndalewe,
Ministre de la Justice et des Affaires
Parlementaires, et
Professeur André Mazyambo Makengo K.,
Ministère de la Justice et des Affaires
Parlementaires, et
M. Vincent Kangulumba Mbambi
Mbombo & Associés
Kinshasa,
République Démocratique du Congo

LE TRIBUNAL

Rend la Décision suivante:

A. Introduction

I. La procédure

1. Le 6 octobre 1999, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après "CIRDI" ou le "Centre") a reçu une Requête d'arbitrage de Monsieur Patrick H. Mitchell (ci-après "M. Mitchell" ou "le Demandeur") à l'encontre de la République Démocratique du Congo (ci-après "Congo", "RDC" ou "la Défenderesse"). Cette Requête fait état de la saisie du Cabinet de conseil juridique de M. Mitchell par les forces militaires du Congo le 5 mars 1999 et de ses conséquences. Elle demandait au Tribunal arbitral de prononcer une sentence finale

"a) Declaring that the DRC has, in violation of the USA/DRC Bilateral Investment Treaty, Congolese law, and international law, expropriated the assets of Mr. Mitchell;

b) Requiring the DRC to compensate Mr. Mitchell for all damages suffered by Mr. Mitchell as a result of DRC's actions; and

c) Granting to Mr. Mitchell all of the costs incurred by him in undertaking this arbitration, including the arbitrators' fees, the fees of any experts, the legal costs incurred by Mr. Mitchell, and any administrative costs."

2. La Requête d'arbitrage a été complétée, de la part de M. Mitchell, par des lettres des 3, 12 et 22 novembre 1999 et des 6 et 7 décembre 1999. Elle a été enregistrée par le Secrétaire général du CIRDI en date du 10 décembre 1999.

3. La Requête se réfère à l'article VII du Traité bilatéral conclu le 3 août 1984 entre la République du Zaïre et les Etats-Unis d'Amérique concernant l'encouragement et la protection mutuels en matière d'investissement (ci-après également désigné par "TBI" ou "le Traité"), qui dispose en particulier, au paragraphe 4:

"4. (a) Le ressortissant ou la société concerné peut consentir par écrit à soumettre le différend au Centre ou au Mécanisme Additionnel aux fins de règlement par conciliation ou arbitrage exécutoire.

(b) Une fois que le ressortissant ou la société concerné en a ainsi consenti, l'une ou l'autre des parties au différend peut ester devant le Centre ou le Mécanisme Additionnel à tout moment pourvu que, dans les six mois suivant la date à laquelle le différend est intervenu,

(i) le différend n'ait pas, pour une raison quelconque, été soumis par le ressortissant ou la société pour règlement conformément à toute procédure applicable et préalablement approuvée par les parties au différend, et que

(ii) le ressortissant ou la société concerné n'ait pas non plus porté le différend devant les cours de justice ou les tribunaux ou

organismes administratifs de la juridiction compétente de la Partie qui est partie au différend."¹

Avant l'enregistrement de la Requête, dans ses lettres du 6 et 7 décembre 1999, M. Mitchell a confirmé qu'il n'était pas à ce moment et qu'il n'a pas été à la date de la Requête d'arbitrage ressortissant de la République démocratique du Congo et qu'il répondait par ailleurs aux conditions posées à l'article VII, paragraphe 4, lettre b (i) et (ii) du TBI.

4. Le Défendeur n'ayant pas réagi à la proposition du Demandeur de soumettre le différend à un arbitre unique choisi par le Président du Conseil administratif du CIRDI, le Demandeur, par une lettre du 10 mars 2000 et conformément à l'article 2, paragraphe 2, du Règlement d'arbitrage, a informé le Secrétaire général du CIRDI qu'il optait pour la formule prévue à l'article 37(2)(b) de la Convention CIRDI (ci-après "la Convention"), concernant le nombre des arbitres et le mode de leur nomination. En conséquence, le Tribunal devait comprendre trois arbitres, chaque partie désignant un arbitre, tandis que le troisième, qui est le président du Tribunal, est nommé par accord des parties. Conformément à l'article 3, paragraphe 1, du Règlement d'arbitrage, le Demandeur a désigné Mr. Willard Z. Estey, de nationalité canadienne, comme arbitre nommé par le Demandeur.

5. L'arbitre désigné par la Défenderesse dans sa lettre du 10 mai 2000 n'a pas accepté sa nomination. La Défenderesse n'a pas accepté la nomination de l'arbitre proposé par le Demandeur comme Président du Tribunal et elle n'a pas désigné un autre arbitre.

6. En réponse à la requête du Demandeur dans sa lettre du 11 octobre 2000 et conformément à l'article 38 de la Convention et à l'article 4 du Règlement d'arbitrage, le Président par interim du Conseil administratif a nommé M. Yawovi Agboyibo, de nationalité togolaise, en tant que deuxième arbitre et le Professeur Andreas Bucher, de nationalité suisse, en tant que troisième arbitre et Président du Tribunal arbitral. Les deux Parties ont exprimé leur accord avec ces nominations.

7. Conformément à l'article 6(1) du Règlement d'arbitrage, le Tribunal arbitral a été réputé constitué, et l'instance engagée, le 21 novembre 2000, date à laquelle tous les arbitres avaient accepté leur nomination. Madame Gabriela Alvarez-Avila a été désignée comme Secrétaire du Tribunal. Elle a été remplacée par Madame Martina Polasek à partir du mois d'août 2002.

8. Le 15 janvier 2001, le Tribunal a tenu sa première session avec les Parties au siège du CIRDI à Washington, D.C. A cette occasion, les Parties ont constaté la régularité de la constitution du Tribunal. Il a été décidé que l'anglais et le français seraient les langues de la procédure. Les conclusions soumises par les Parties seront dans l'une de ces langues et accompagnées d'une traduction dans l'autre langue. Cette dernière exigence ne s'appliquera pas aux annexes des conclusions et aux déclarations de témoins.

9. Lors de la même session, il a été décidé que la Partie demanderesse déposerait son mémoire sur le fond (avec la traduction) au plus tard le 28 mars 2001 et la Partie défenderesse son mémoire en réponse (avec sa traduction) au plus tard le 13 juillet 2001.

¹ La version française du Traité (sans le Protocole) a été fournie par le Gouvernement de la RDC, qui s'en sert dans les litiges qui l'opposent aux Etats-Unis d'Amérique dans le cadre du CIRDI. Il n'a pas été possible de se procurer l'original ou une copie certifiée conforme du document officiel.

10. Le mémoire de la Demanderesse a été déposé le 28 mars 2001. Il rappelle les conclusions figurant dans la Requête d'arbitrage (cf. paragraphe 1), en précisant toutefois que les dommages-intérêts réclamés de la Défenderesse portent sur un "montant minimum de [...] \$US, plus les intérêts".

11. La Défenderesse n'a pas produit son mémoire en réponse à la date initialement prévue. En revanche, elle a sollicité le 26 juillet 2001 un report du délai en raison d'un changement du titulaire du Ministère de la justice. Le Président du Tribunal a accepté cette demande et fixé le délai au 10 septembre 2001. Le mémoire en réponse de la Défenderesse, daté du 3 septembre 2001, a été déposé le 17 septembre 2001.

12. Dans son mémoire en réponse du 3 septembre 2001, la Défenderesse demandait au Tribunal de décider:

"A titre principal : que le CIRDI est matériellement incompétent pour connaître d'un litige qui ne porte pas sur "un investissement";

A titre subsidiaire quant au fond : qu'il n'y a jamais eu d'expropriation, faute d'éléments constitutifs et de preuve;
Que dès lors, la demande de M. P. MITCHELL est non fondée et manifestement téméraire et vexatoire;

En conséquence de quoi, la RDC postule à titre de reconvention, la condamnation du demandeur à lui payer des dommages-intérêts pour tous les préjudices que cette instance lui a causés :

- frais de justice, honoraires des avocats et experts (réservés en attendant l'issue du procès);
- et pour atteinte à la bonne réputation de la RDC : [...] \$ US."

13. La Défenderesse ayant ainsi soulevé pour la première fois une exception d'incompétence dans son mémoire en réponse du 3 septembre 2001, comme le lui permet de faire l'article 41(1) du Règlement d'arbitrage, le Président du Tribunal, après avoir consulté les autres membres du Tribunal, a décidé de suspendre la procédure sur le fond de l'affaire, conformément à l'article 41 de la Convention et à l'art. 41(3) et (4) du Règlement d'arbitrage. En réponse à une requête du Demandeur de disposer d'un délai de quatre mois pour le dépôt de son contre-mémoire sur la compétence, le Président, après avoir consulté les autres membres du Tribunal, a décidé de prolonger jusqu'au 8 février 2002 le délai accordé au Demandeur.

14. Le 29 janvier 2002, tous ceux concernés ont appris avec profond regret le décès de M. Willard Z. Estey, l'arbitre nommé par le Demandeur, survenu le 25 janvier 2002. Conformément à l'article 10(2) du Règlement d'arbitrage, la procédure a été suspendue jusqu'au jour où la vacance au sein du Tribunal pouvait être remplie. Le Tribunal a été reconstitué et la suspension de la procédure levée le 13 février 2002, lorsque M. Marc Lalonde, de nationalité canadienne, a accepté sa nomination en tant qu'arbitre désigné par le Demandeur, conformément à l'article 11, paragraphe 1, du Règlement d'arbitrage.

15. Le contre-mémoire du Demandeur sur la compétence, daté du 4 février 2002, a été déposé au Centre le 7 février 2002.

16. Après avoir consulté les Parties, le Tribunal a décidé de demander aux Parties un deuxième échange d'écritures sur la compétence et de leur donner ainsi l'option d'épuiser le sujet par écrit et d'éviter une audience sur la question de la compétence, sauf si une telle audience devait ultérieurement s'avérer nécessaire de l'avis du Tribunal. Le Président a fixé à la Défenderesse un délai au 15 avril 2002 pour le dépôt de son mémoire en réplique. Ce mémoire, daté du 8 avril 2002, est parvenu au CIRDI le 19 avril 2002. Conformément à l'invitation qui lui a été adressée, le Demandeur a remis au CIRDI son mémoire en duplique, daté du 24 mai 2002, le 29 mai 2002.

17. Après avoir reçu et examiné toutes ces écritures, le Tribunal a constaté qu'il n'a pas reçu de preuves suffisantes concernant les investissements faits par le Demandeur dans la RDC. Statuant par son Ordonnance de procédure n° 1 du 11 juillet 2002, le Tribunal a décidé, conformément à l'article 41(4) du Règlement d'arbitrage, de joindre l'examen du déclinatoire de compétence aux questions de fond. Par conséquent, il a invité le Demandeur à présenter, au plus tard le 11 octobre 2002, toutes observations supplémentaires à son Mémoire du 29 mars 2001 qu'il souhaitait faire et, en particulier, à produire toute preuve supplémentaire pertinente à l'appui de sa demande, y compris tout document pertinent concernant l'évaluation de « Mitchell & Associates » et le dédommagement demandé. Un délai de trois mois était prévu pour la réponse de la Défenderesse. La Réponse du Demandeur, datée du 11 octobre 2002, a été reçue par le Centre le 16 octobre 2002. Le Contre-mémoire en réplique de la Défenderesse, datée du 7 janvier 2003, est parvenu au Centre par la voie électronique le 15 janvier 2003 et par la poste le 31 janvier 2003. La Défenderesse a précisé dans cette écriture qu'elle réclamait un montant de [...] USD à titre de dommages-intérêts pour atteinte à sa réputation et pour les frais encourus dans le présent litige.

18. Dans son Ordonnance de procédure n° 2 du 17 janvier 2003, le Tribunal a invité le Demandeur à présenter une réplique au dernier mémoire de la Défenderesse, prévoyant en outre une duplique de la part de celle-ci. Dans un courrier du 21 janvier 2003, le Demandeur a déclaré qu'il ne jugeait pas nécessaire ou approprié de soumettre une nouvelle écriture. Il y était également constaté qu'après avoir présenté sa demande au moyen d'affidavits, le Demandeur ne jugeait pas nécessaire de tenir une audience pour plaider et pour examiner des témoins ou experts. En réaction à ce courrier, la Défenderesse a déclaré dans sa lettre du 4 février 2003 qu'elle n'avait pas de remarques supplémentaires à présenter et que, faute de contradicteur lors d'une audience, elle ne désirait pas être seule à plaider. Dans une lettre datée du 27 février 2003, le Demandeur a confirmé qu'il préférerait que le litige soit tranché sur la base des affidavits; il se déclarait toutefois disposé à participer à une audience si le Tribunal devait estimer que la présentation orale de certains moyens de preuve était nécessaire sur certains points spécifiques.

19. Le Tribunal, pour sa part, a estimé pouvoir renoncer à une audience de plaidoirie. Par courrier du 10 mars 2003, il a soumis aux Parties un certain nombre de questions pour mieux comprendre certains éléments du litige. La réponse du Demandeur aux questions soulevées par le Tribunal, datée du 22 mai 2003, a été remise au Centre le 27 mai 2003. Les éléments de réponse de la Défenderesse aux questions du Tribunal, portant la date du 21 avril 2003, ont été reçue par le Centre le 2 mai 2003. Le Demandeur a commenté la réponse de la Défenderesse le 22 mai 2003 et celle-ci a réagi à la réponse de celui-là le 9 juin 2003. A la question posée par le Président du Tribunal, de savoir si, eu égard à cet échange d'écritures, la tenue d'une audience était requise, la Défenderesse a répondu par un message électronique du 19 juin 2003 qu'elle

n'avait plus rien à ajouter à ses précédentes déclarations. Le Demandeur a confirmé par lettre du 25 juin 2003 qu'il ne jugeait pas nécessaire de présenter ses moyens de preuve oralement. En réponse à la question supplémentaire du Tribunal relative au taux d'intérêt applicable le 5 mars 1999, le Demandeur a répondu par une seconde lettre du 25 juin 2003 que ce taux était de 7.75%. Cette lettre a été commentée par la Défenderesse dans une lettre du 22 août 2003. Le Conseil du Demandeur a soumis, le 11 septembre 2003, des commentaires additionnels préparés par M. Mitchell en réponse à cette lettre de la Défenderesse. Entre temps, le Tribunal a invité le Demandeur, par courrier du 14 août 2003, à fournir des explications complémentaires aux réponses données aux questions soulevées par le Tribunal dans sa lettre du 10 mars 2003. La réponse du Demandeur à cette lettre a été donnée le 5 septembre 2003. Dans un courrier du 19 septembre 2003, la Défenderesse a livré ses observations au sujet des remarques faites dans les lettres du Demandeur des 5 et 11 septembre 2003.

20. Le Tribunal s'est réuni pour délibérer à Paris le 15 et 16 octobre 2003.

21. Par courrier du 13 janvier 2004, les Parties ont été informées que la procédure était close. Chaque Partie a soumis un état des dépenses qu'elle a engagées ou supportées au cours de la procédure. Dans sa réaction aux réponses données par la Défenderesse à la lettre du Tribunal du 10 mars 2003, le Demandeur a réclamé en outre un montant de 530.000.- USD afin de pourvoir à ses frais pour le cas où il obtient une décision favorable, ce montant étant à payer par la Défenderesse dans l'hypothèse où celle-ci ne paierait pas le montant alloué dans la sentence dans le délai fixé par le Tribunal.

22. Conformément au choix de deux langues de procédure, la présente sentence est rédigée en français et en anglais.

II. L'origine du litige

[...]

31. Le litige soumis par le Demandeur à travers le Centre au présent Tribunal porte principalement sur la question de savoir si les mesures prises par le Gouvernement de la RDC à l'encontre du Cabinet de M. Mitchell ont constitué une expropriation relative à un investissement de la part de M. Mitchell dans la RDC et, dans l'affirmative, si le Demandeur peut réclamer une indemnisation de la part de la Défenderesse. De l'avis de la Défenderesse, cependant, ce litige ne relève pas de la juridiction du CIRDI ni de la compétence de ce Tribunal. Ce déclinatoire de compétence doit être examiné en premier lieu.

B. La compétence du Tribunal arbitral

32. Le Tribunal est ainsi appelé à trancher la question de savoir si la Requête d'arbitrage entre dans la juridiction du CIRDI et dans sa compétence. Il n'est pas contesté que les deux Parties ont exprimé valablement leur consentement à l'arbitrage du CIRDI, comme il est prévu à l'article VII du Traité bilatéral d'investissement conclu entre la République démocratique du

Congo et les Etats-Unis d'Amérique. Ainsi que la Défenderesse l'a précisé, son exception d'incompétence est fondée uniquement sur l'objection de qualifier l'activité du Demandeur au Congo comme un investissement.

33. Il est certes affirmé encore par la Défenderesse que, selon l'art. III(3) TBI, le Demandeur aurait dû s'adresser tout d'abord aux autorités judiciaires ou administratives compétentes de la RDC. Ne l'ayant pas fait, la demande ne pourrait pas être reçue par le présent Tribunal. Or, ce n'est manifestement pas ce qui résulte de la disposition citée. Selon celle-ci, en effet, le recours aux autorités étatiques est un droit et non une obligation de l'investisseur, qui est libre de se servir directement de la voie consacrée à l'article VII TBI pour le règlement des différends.

I. La position des Parties

1. La Défenderesse

[...]

2. Le Demandeur

[...]

II. Analyse du Tribunal

40. En considérant le déclinatoire de compétence soulevé par la République démocratique du Congo et dirigé contre la compétence du Centre et du Tribunal dans le présent litige, le Tribunal doit commencer par examiner si ce différend est en relation directe avec un investissement au sens de l'article 25(1) de la Convention CIRDI.

41. Il est bien connu que la Convention ne définit pas le terme "investissement" et que pendant les négociations plusieurs propositions en ce sens ont échoué. Cela est reflété dans le Rapport des Directeurs Exécutifs de la manière suivante:

"27. Il n'a pas été jugé nécessaire de définir le terme "investissements", compte tenu du fait que le consentement des parties constitue une condition essentielle et compte tenu du mécanisme par lequel les Etats contractants peuvent, s'ils le désirent, indiquer à l'avance les catégories de différends qu'ils seraient ou ne seraient pas prêts à soumettre au Centre (Article 25[4])." (1 ICSID Reports 28; Convention et Règlements du CIRDI, CIRDI/15/Rév.1, Washington 2003, p. 44)

42. Cette déclaration indique que les auteurs de la Convention ont choisi une acception large de la notion d'investissement. Ainsi que cela a été relevé lors de la rédaction de la Convention, un Etat contractant qui préfère limiter le champ d'application de la compétence du Centre peut le faire moyennant la déclaration prévue à l'article 25(4) de la Convention. La République démocratique du Congo n'a pas fait une telle déclaration et elle doit donc accepter le champ large de la compétence à raison de la matière couverte par la Convention.

43. Ainsi que le constate la déclaration citée ci-dessus, un facteur important pour déterminer si un différend est à considérer comme un différend en matière d'investissement selon la Convention est le consentement donné par les parties. L'accord des Etats parties de soumettre une certaine catégorie de litiges à la compétence du Centre contient l'affirmation que ces litiges sont liés à des investissements au sens de la Convention du CIRDI. Cependant, même si, dans un cas particulier, le litige résulte d'un investissement au sens de la Convention, il convient d'examiner encore si ce litige concerne un investissement tel qu'il a été défini dans l'accord des parties de se soumettre à l'arbitrage du CIRDI.

44. Le Tribunal doit dès lors examiner avec une attention particulière la définition donnée à la notion d'investissement dans le Traité bilatéral en matière d'investissement conclu entre le Congo et les Etats-Unis (BIT). Ce Traité contient à l'article VII l'expression du consentement des Etats au mécanisme d'arbitrage du CIRDI.

45. Pour appuyer sa conclusion que le Cabinet de M. Mitchell, comprenant ses actifs et perspectives d'affaires, doit être qualifié d'investissement au sens du TBI, le Demandeur se réfère à l'article premier, lettre c), dont la teneur est la suivante:

"Aux fins du présent Traité,

(c) Le terme 'investissement' signifie tout investissement, de propriété ou de contrôle direct ou indirect, y compris le capital social, la dette, les contrats relatifs aux services et à l'investissement et il inclut:

(i) les biens meubles et immeubles y compris tous autres droits réels tels que privilèges, hypothèques, gages et sûretés réelles;

(ii) une société ou des fractions d'un capital social ou autres intérêts dans une société ou des intérêts dans les avoirs de ladite société;

(iii) des fonds revendiqués ou une activité revendiquée ayant une valeur économique et étant liée à un investissement;

(iv) les droits de propriété intellectuelle et industrielle, y compris les droits relatifs aux droits d'auteur, aux brevets, aux marques de fabrique, aux noms commerciaux, aux plans industriels, aux secrets et procédés commerciaux, et à la clientèle;

(v) les licences et permis délivrés aux termes de la loi, y compris ceux qui sont délivrés aux fins de fabrication et de vente de produits;

(vi) tout droit conféré par la loi ou par un contrat, y compris le droit de rechercher ou d'utiliser des ressources naturelles, ainsi que les droits de fabriquer utiliser et vendre [sic] des produits;

(vii) les recettes qui sont réinvesties.

Aucune modification de la nature dont ces avoirs sont investis ou réinvestis n'affecte leur caractère d'investissement."

46. Un aspect caractéristique de cette définition est le fait que tous les objets figurant sur cette liste sont mentionnés à titre d'illustration. Ils n'ont pas pour objectif de restreindre en aucune manière la notion d'investissement et le champ d'application matériel du TBI. En effet, ainsi que cela est indiqué expressément dans la partie introductive de cette disposition, "'investissement' signifie tout investissement, de propriété ou de contrôle direct ou indirect" ("investment' means every kind of investment, owned or controlled directly or indirectly"). Tout

ce qui suit dans la définition citée ci-dessus est compris dans cette notion. Mais l'énumération dans cette liste n'a pas l'effet d'exclure des objets qui peuvent être compris dans la notion d'investissement alors qu'ils ne sont compris dans aucun des objets figurant sur la liste. Outre l'article premier, le TBI contient à l'article II, concernant "le traitement des investissements" ("treatment of investment"), une liste "d'activités afférentes aux investissements" qui sont à traiter comme des investissements et qui incluent, entre autres, "la conclusion et l'exécution de contrats" ("the making, performance and enforcement of contracts", paragraphe 2, lettre c).

47. Le Tribunal a reçu d'amples renseignements sur les activités exercées par M. Mitchell au Congo, qui lui permettent de répondre à la question de savoir si le Demandeur a procédé à un investissement dans la RDC. Ces éléments de renseignement comprennent en particulier les déclarations faites par d'anciens clients du Cabinet, les accords conclus avec d'anciens associés lors de leur départ en 1991, ainsi que les relevés sur les revenus des années 1996 à 1998.

48. Le Tribunal estime qu'au regard des biens en propriété de M. Mitchell, qui ont été saisis lors de l'intervention militaire du 5 mars 1999, la condition posée sous la rubrique (i) de la lettre c) de l'article premier du TBI est remplie. Cela concerne les biens mobiliers et tous documents tels que des dossiers, archives et d'objets similaires. Il résulte en outre du texte de la disposition citée que le droit au savoir-faire, respectivement à la "clientèle" de l'investisseur (iv), ainsi que le droit d'exercer ses activités (vi), sont des éléments désignés en tant qu'objets couverts par la protection des investissements selon le TBI. Cela concerne également les revenus enregistrés sur les comptes de M. Mitchell aux USA, auxquels le Demandeur se réfère pour démontrer son activité dans la RDC. En effet, ces revenus sont basés sur des notes d'honoraires se référant à des conseils juridiques prodigués par M. Mitchell et ses collaborateurs à travers le bureau « Mitchell & Associates » dans la RDC.

49. La Défenderesse oppose en particulier à la compétence de ce Tribunal le fait qu'à son avis, l'activité du Cabinet de M. Mitchell ne peut être qualifiée en tant que "service" au sens du TBI et du droit congolais. Ces sources de droit seraient à compléter, en cas d'absence d'une définition appropriée, par les droits et usages du commerce international.

50. Au sujet de cette question spécifique, le Tribunal doit constater tout d'abord que la définition de l'investissement, en tant qu'élément matériel de la définition de la portée du consentement à l'arbitrage figurant à l'article VII du TBI, est celle que contient le TBI, complétée le cas échéant par une interprétation appropriée de cet instrument. Cette notion, comme toute autre notion figurant à titre de droit international dans cet accord, ne peut être déterminée sur la base du droit national de l'une des Parties. Le principe d'interprétation applicable est celui consacré au paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, selon lequel : "Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but."

51. Bien qu'il semble exact de constater, comme le fait la Défenderesse, que le Cabinet de M. Mitchell ne constitue pas un investissement d'après le Code des investissements du Congo, au regard notamment des définitions données aux articles 1er, 4 et 7, cela ne signifie en aucune manière que les actifs et tout autre objet relevant de ce Cabinet soient écartés de la notion d'investissement retenue par le TBI. La même conclusion doit s'appliquer par rapport à toute autre notion de "service" contenue dans d'autres parties du droit national congolais. Pour cette raison, le Tribunal n'a pas à examiner, en ce qui concerne la question de sa compétence, si le Cabinet de M. Mitchell détenait ou non une autorisation pour exercer des activités en qualité

d'avocat ou de conseil juridique. Il relève, toutefois, que d'après l'Ordonnance-loi du 28 septembre 1979 portant organisation du barreau, les avocats, en plus de leur droit exclusif de représenter des clients devant les tribunaux, peuvent conseiller des parties en dehors des juridictions. Mais cette loi ne réserve pas aux avocats un monopole à cet égard, comme elle ne prévoit pas non plus que cette activité serait sujette à autorisation.

52. En ce qui concerne la notion de "contrats relatifs aux services" ("service contracts") figurant dans la partie introductive de la lettre c) de l'article premier du TBI, le Tribunal relève que cette notion n'est pas davantage définie dans le Traité et que les exceptions énumérées dans l'Annexe du Traité au nom de la République du Zaïre ne sont pas utiles à cet égard. De même, les activités afférentes auxquelles se réfère l'article II, et qui incluent la conclusion et l'exécution de contrats, ne contiennent aucun élément restrictif quant aux contrats de services. Le Traité ne soutient pas non plus l'interprétation de la part de la RDC, selon laquelle l'activité de conseil juridique ou d'avocat, pour être incluse dans la notion de service d'après le TBI, aurait dû être positivement et expressément qualifiée en tant que telle dans le Traité. Pareille méthode n'a pas été choisie par les Etats contractants du TBI, ni en relation avec la notion de service juridique, ni en rapport avec tout autre service. Il n'existe pas non plus, comme cela a été suggéré par la Défenderesse, de limite du champ d'application du TBI au seul domaine commercial.

53. Il apparaît dès lors au Tribunal qu'en l'absence de toute indication selon laquelle des activités particulières qui pourraient être considérées comme des services seraient exclues du champ du Traité, cette notion doit recevoir une portée large, comprenant tout service fourni par un investisseur étranger sur le territoire de l'Etat hôte. A cet égard, la notion de service est une notion propre au TBI. Il n'existe aucune indication selon laquelle ce concept devrait être interprété selon d'autres accords retenant la notion de service, tels ceux conclus au sein du GATT ou de l'OMC, dans lesquels cette notion est employée à des fins différentes de celles qui ont présidé à la conclusion du TBI en 1984. Dès lors, les services normalement fournis par une entreprise de conseil juridique, comme ce fut le cas du Cabinet du Demandeur, sont couverts par la notion de service retenue par le TBI.

54. Le Tribunal observe en outre que l'interprétation de la notion de service, telle qu'elle est contenue à l'article premier, lettre c) du TBI, n'est de toute manière pas décisive pour trancher la question de la compétence du Tribunal. En effet, ainsi que la définition figurant dans la disposition citée le précise explicitement, la notion de "contrats relatifs aux services et à l'investissement" ("service and investment contracts") est employée uniquement à des fins d'illustration. En vertu du TBI, la notion d'investissement signifie "tout investissement" ("every kind of investment"). L'article VII, concernant le consentement à l'arbitrage du CIRDI, est tout aussi large à cet égard, lorsqu'il dit:

"1. Aux fins du présent Article, un différend relatif à un investissement est défini comme un différend concernant:

(a) ...

(b) ...

(c) l'allégation d'une violation de tout droit conféré ou établi par le présent Traité en matière d'investissement."

55. Le Tribunal peut déduire de ces éléments de définition la conclusion que le TBI contient une notion d'investissement qui est aussi large que celle de la Convention CIRDI. En sus des biens mobiliers, le Demandeur a transféré au Congo de l'argent et d'autres biens qui ont

constitué les fondements de son activité professionnelle qui est arrivée à terme lors de la saisie de son Cabinet ou dans la période subséquente à cet événement. Formant un ensemble avec les revenus de l'investissement initial, qui constituent également un investissement (cf. article I, lettre c) du TBI), cette activité et la valeur économique qui lui est associée constituent un investissement au sens du TBI et de la Convention CIRDI.

56. La Défenderesse soutient également que l'activité du Demandeur ne peut être qualifiée d'investissement, étant donné qu'elle ne répond pas aux critères objectifs qui doivent être remplis à cet égard. La Défenderesse relève le fait que cette activité ne constitue pas une opération à long terme et qu'elle ne se concrétise pas par une contribution significative de ressources; elle n'est pas d'une importance telle pour l'économie de l'Etat qu'elle se distinguerait d'une transaction commerciale ordinaire. Le Tribunal observe, cependant, que ces éléments, qui apparaissent en effet fréquemment dans des projets d'investissement, ne sont pas une condition préalable pour admettre qu'une activité ou une transaction particulière constitue un investissement. Cette notion, tant qu'elle n'est pas assortie de restrictions appropriées, comprend également, d'après la Convention CIRDI et, ainsi que cela a été démontré, selon le TBI, des "petits" investissements de durée limitée et dégageant un profit limité pour l'économie de l'Etat hôte.

57. Le Tribunal conclut dès lors que la propriété de M. Mitchell au sein des "Offices of Mitchell & Associates" ainsi que les ressources et activités liées à ce Cabinet constituent un investissement au sens de la Convention CIRDI et du TBI. Le Tribunal décide dès lors que le présent litige est placé dans la juridiction du CIRDI et dans la compétence de ce Tribunal.

C. Le fond du litige

I. Les dispositions pertinentes du TBI

58. Le Traité d'investissement conclu en 1984 entre les Etats-Unis d'Amérique et la République Démocratique du Congo ("Zaïre" à l'époque) contient un certain nombre de règles protégeant les investissements que l'on peut trouver dans beaucoup d'autres traités de cette nature. L'article II du TBI porte sur le "traitement des investissements" ("Treatment of Investment") et il prévoit au paragraphe 4 ce qui suit:

"L'investissement effectué par les ressortissants et les sociétés de l'une ou l'autre Partie reçoit à tout moment un traitement juste et équitable et jouit d'une protection et sécurité sur le territoire de l'autre Partie.

Le traitement, la protection et la sécurité de l'investissement doivent être conformes aux lois nationales applicables et ne peuvent être inférieurs à ceux reconnus par le Droit international.

Ni l'une ni l'autre des Parties ne peut porter par des mesures arbitraires et discriminatoires, atteinte à la gestion, au fonctionnement, au maintien, à l'utilisation, à la jouissance, à l'acquisition, à l'extension ou au dessaisissement d'un investissement effectué par des ressortissants ou des sociétés de l'autre Partie.

Chaque Partie s'acquiesce de toute obligation quelle peut avoir prise dans le cadre d'un investissement effectué par des ressortissants ou des sociétés de l'autre Partie."

59. L'un des aspects particuliers et importants de ces garanties accordées aux investissements concerne la protection en cas d'expropriation ou de nationalisation. A cet égard, l'article III du TBI, portant le titre "indemnisation pour expropriation" ("Compensation for Expropriation"), prévoit, au paragraphe premier, dans sa première partie, ce qui suit:

"Aucun investissement ni aucune partie d'investissement effectué par un ressortissant ou une société de l'une ou l'autre des Parties n'est exproprié ou nationalisé par l'autre Partie ni soumis à toute autre mesure ou série de mesures, directes ou indirectes, équivalant à l'expropriation, sauf si l'expropriation:

- (a) se fait pour des raisons d'intérêt public;
- (b) est accomplie selon les formes et garanties de procédures;
- (c) est non discriminatoire;
- (d) ne viole aucune disposition particulière sur la stabilité des contrats ou sur l'expropriation figurant dans un contrat d'investissement entre le ressortissant ou la société concerné et la Partie procédant à l'expropriation; et
- (e) est accompagnée d'une indemnisation prompte, adéquate et effectivement réalisable."

60. Les parties au présent litige n'ayant pas conclu un accord relatif au droit applicable, le Tribunal applique, conformément à l'article 42, alinéa 1, de la Convention CIRDI, le droit de l'Etat contractant partie au différend ainsi que les principes (« rules » dans le texte anglais) de droit international en la matière. Les principes de droit international applicables en premier lieu aux différends en matière d'investissement sont ceux contenus dans les traités d'investissement auxquels l'Etat hôte est partie. Le TBI conclu en 1984 contient les règles de droit international applicables au fond du présent litige. Dès lors que la RDC est partie au TBI, les dispositions de ce Traité sont également à considérer comme faisant partie du droit de l'Etat partie au présent litige.

II. La notion d'expropriation

61. Il n'a pas été allégué dans le présent litige qu'une mesure formelle d'expropriation aurait été prise à l'encontre du Cabinet de M. Mitchell. Le Demandeur prétend que la saisie de son Cabinet, avec les mesures ayant accompagné celle-ci, constitue un événement qui, directement ou indirectement, correspond à une expropriation au sens de l'article III(1) du TBI, ci-dessus cité.

62. Au plan des faits, il n'est pas disputé par les Parties que le 5 mars 1999, une intervention exécutée par les forces militaires de la RDC a eu lieu et qu'elle n'a pas été annoncée. Lors de cette action, qui a duré plusieurs heures, le Cabinet Mitchell a été fouillé et mis sous scellés, des documents jugés compromettants ont été saisis et deux collaborateurs, [...] et [...], ont été emprisonnés. Ces individus ont été détenus pendant huit mois, jusqu'au jour de leur acquittement

par arrêt de la Cour d'Ordre Militaire, rendu le 12 novembre 1999, qui prononça par ailleurs la mainlevée des scellés du Cabinet Mitchell et la restitution des documents saisis.

63. Tandis que le Demandeur affirme que les documents saisis par les forces militaires n'auraient jamais été rendus, la Défenderesse soutient que cette restitution a eu lieu. La Cour Militaire mentionne dans sa décision l'existence de tels documents, sans autre précision. Il est ainsi démontré au Tribunal qu'une partie de la documentation et des dossiers du Cabinet a été saisie le 5 mars 1999. La Défenderesse, qui détenait ces documents pendant la période critique, n'a pas montré au Tribunal la preuve de leur restitution ou de leur remise, telle que la copie d'un reçu signé par un collaborateur du Cabinet. La Défenderesse soutient que, selon le droit congolais, il appartenait à [...] et [...] de se faire remettre les biens qui ont été saisis et qu'à défaut, ces biens étaient réputés abandonnés; aucune preuve n'a été fournie à cet égard. La question de savoir si ces documents ont été remis ou non n'est cependant pas déterminante pour la résolution du présent litige. En effet, le Demandeur ne conclut pas au retour de dossiers ou d'autres documents, comme il ne revendique pas des biens qu'il aurait perdus lors des événements en 1999. Le Demandeur entend être indemnisé pour le dommage subi du fait de la perte de la clientèle et de la fermeture du Cabinet le 5 mars 1999 et qu'il a continué à subir après que [...] et [...] eurent été relâchés.

64. Le Demandeur a produit des déclarations ("affidavits") de la part de représentants autorisés de compagnies exerçant leur activité dans la RDC et qui étaient des clients du Cabinet de M. Mitchell durant la période critique, dont principalement [...] et ses filiales [...] et [...]. Il résulte de ces déclarations que ces clients ont cessé de recourir aux services du Cabinet Mitchell dès le 5 mars 1999 et qu'il n'y sont pas revenus pour solliciter de tels services lorsque [...] et [...] ont été libérés, à une époque où les craintes de M. Mitchell pour sa propre sécurité l'ont empêché de réintégrer le territoire de la RDC. La Défenderesse n'a pas exprimé d'objection, ni entamé une discussion, au sujet du fait que le Cabinet du Demandeur a perdu des clients en conséquence de l'intervention qui a eu lieu le 5 mars 1999.

65. Au regard des déclarations faites par des représentants de compagnies qui ont été les clients du Cabinet de M. Mitchell et en considérant l'impact négatif de la saisie, opérée par des forces militaires pour le motif allégué de la sécurité de la RDC, et de la clôture subséquente du Cabinet du Demandeur, le Tribunal conclut que l'intervention survenue le 5 mars 1999 a entraîné la perte complète du Cabinet en tant qu'entreprise rendant des services juridiques dans la RDC.

66. Le Tribunal n'a pas reçu d'information selon laquelle le Cabinet du Demandeur aurait réouvert après sa clôture en mars 1999. Les deux Parties ont mentionné que M. Mitchell serait revenu au Congo, en avril 2002 selon la Défenderesse et au milieu de l'année 2002 d'après le Demandeur. Celui-ci a présenté au Tribunal un "Accord de Règlement Amiable" conclu [...] entre [...] et [...].
[...]

67. La Défenderesse s'oppose à la demande principalement au motif que le Cabinet Mitchell n'aurait pas été victime d'une mesure d'expropriation et que, dès lors, aucune compensation n'était due à ce titre. Pour la Défenderesse, en effet, le TBI emploie certes le terme d'expropriation, mais il n'en donne aucune définition. Celle-ci doit donc être donnée par le droit national, en l'occurrence le droit congolais. Or, d'après la Défenderesse, la loi congolaise n° 77-001 du 22 février 1977 prévoit qu'une expropriation pour cause d'utilité publique peut porter uniquement sur des biens immobiliers. Même à supposer qu'une expropriation de biens mobiliers soit concevable, elle ne pourrait concerner en l'espèce que les documents saisis.

Cependant, ces documents ont fait l'objet d'une saisie régulière qui ne peut être assimilée à une expropriation. La Défenderesse affirme qu'ils auraient été mis à la disposition du Demandeur dès le jour du prononcé de l'arrêt de la Cour d'Ordre Militaire.

68. Le Tribunal ne peut suivre le raisonnement de la Défenderesse sur ce point. Les Etats parties au TBI sont nécessairement convenues d'un régime autonome, de droit international, sur la protection des investisseurs en cas d'expropriation. Si chaque Etat contractant pouvait s'en remettre à son droit national pour déterminer les cas dans lesquels une expropriation est concevable, chaque Etat partie pourrait définir à sa guise la portée de la protection que le TBI assure aux investisseurs. Ainsi, si l'on voulait suivre la thèse de la Défenderesse, aucune protection ne serait garantie aux investissements dans la RDC qui sont constitués par des fonds financiers, des sociétés, des droits de propriété intellectuelle ou du produit tiré d'un investissement antérieur, au motif qu'il ne s'agirait pas de biens immobiliers, qui seraient les seuls à être sujets à expropriation selon la législation congolaise, alors même que les biens mentionnés sont inscrits dans la liste des investissements protégés par le TBI (art. I). Une telle conception de la protection des investissements en cas d'expropriation ne correspond manifestement pas à la volonté des Etats parties au TBI. Selon l'article II(4) TBI, ci-dessus cité, la protection des investissements doit être conforme aux lois nationales, mais elle ne saurait être inférieure à celle reconnue par le droit international.

69. L'argumentation de la Défenderesse méconnaît par ailleurs que le principe du devoir d'indemnisation en cas de nationalisation et d'expropriation est inscrit dans la Constitution de la RDC (art. 22) et qu'il constitue l'un des principes généralement reconnus du droit international, comme l'a déjà observé le Tribunal arbitral statuant dans le cadre du CIRDI dans le différend *Ltd. Benvenuti et Bonfant Srl c. le Gouvernement de la République populaire du Congo* (CIRDI n° ARB/77/2, sentence du 8 août 1980, cf. International Legal Materials 1982 p. 740 ss, 758, paragraphe 4.64).

70. L'expropriation d'un bien d'investissement est un acte par lequel l'Etat hôte, agissant dans l'intérêt public, prive l'investisseur, en tout ou en partie, de son droit par rapport à ce bien. Ce droit peut porter sur un bien physique ou sur une créance ou être tout autre droit susceptible de constituer un bien d'investissement au sens de la définition donnée par l'article I du TBI. Ainsi que le précise l'article III(1) TBI, la notion d'expropriation n'est pas une notion formelle, en ce sens qu'elle impliquerait qu'une décision d'une autorité étatique soit nécessaire pour aboutir à une expropriation. Cette notion est de nature matérielle et elle comprend toute mesure qui, directement ou indirectement, équivaut à une expropriation. Le Protocole attaché au Traité précise en outre qu'une telle mesure peut comprendre la levée de taxes équivalant à une expropriation indirecte, la vente forcée de l'ensemble ou d'une partie d'un investissement, ou l'altération ou la privation de la direction, du contrôle ou de la valeur économique d'un investissement.

71. De l'avis du Tribunal, les mesures prises par les autorités militaires de la RDC correspondent à une expropriation de biens d'investissement de M. Mitchell, y inclus la perte de la clientèle qui a cessé de recourir aux services du Cabinet. Opérée dans des conditions dramatiques qui sont propres à l'intervention subite de forces militaires, la fouille et la mise sous scellés du Cabinet, ainsi que l'arrestation de deux employés pour le motif allégué d'une atteinte à la sécurité de l'Etat, l'intervention du 5 mars 1999 a entraîné la perte complète de la clientèle. Le départ de la clientèle peut s'expliquer non seulement par la cessation des activités du Cabinet et les circonstances relatives à l'intervention du 5 mars 1999, mais également par le fait que de nombreux clients avaient recherché les conseils dudit Cabinet pour des démarches auprès des

autorités de l'Etat, pour lesquelles le Cabinet Mitchell n'était plus une référence crédible depuis le 5 mars 1999.

72. La détention des deux collaborateurs a duré plus de huit mois et M. Mitchell a jugé préférable de rester à l'étranger en attendant que la situation s'améliore sous l'angle de sa sécurité. L'expropriation qui a eu son origine dans l'intervention du 5 mars 1999 n'a donc pas produit des effets que l'on pourrait qualifier d'exclusivement passagers. La perte de la clientèle a été définitive. Certes, l'arrêt de la Cour d'Ordre Militaire a ordonné la restitution des documents saisis. Cette restitution n'a pas été prouvée au Tribunal. Même si elle a eu lieu, elle n'a manifestement pas pu avoir pour effet de faire revenir les clients. Le Tribunal ne peut donc suivre la Défenderesse lorsqu'elle affirme que la mainlevée des scellés, la libération des deux employés et la restitution des objets saisis pour enquête auraient rétabli le Demandeur dans ses droits.

73. Dans le cadre du TBI, toute expropriation qui ne respecte pas les cinq conditions énumérées à l'article III(1), ci-dessus cité, est prohibée. Le Demandeur affirme, en premier lieu, que l'expropriation dont il a été la victime ne répondait pas à un intérêt public (lit. a) et qu'elle n'a pas été opérée dans les formes légales requises (lit. b) et qu'elle était discriminatoire (lit. c). En second lieu, il fait valoir que les mesures prises à son encontre n'ont pas été accompagnées d'une "compensation prompte, adéquate et effectivement réalisable" (lit. e).

74. Sur le premier point de cette argumentation, le Tribunal n'a pas à se prononcer dès lors que la Demande a pour seul objectif l'octroi d'une indemnisation pour le préjudice subi par M. Mitchell. On peut certes observer que l'arrêt de la Cour Militaire du 12 novembre 1999 a constaté que la détention de [...] et [...] était sans fondement et qu'à l'exception de deux véhicules réquisitionnés par l'armée, tous les objets saisis devaient être restitués. La Défenderesse observe cependant que, le 5 mars 1999, les autorités congolaises avaient des soupçons suffisamment sérieux pour craindre pour la sécurité de l'Etat et pour justifier l'intervention et ordonner une enquête, au motif principal que le produit de la vente des 99 tonnes de cassitérite aurait pu revenir à la société [...], dont certains dirigeants étaient, de l'avis des autorités congolaises, liés aux forces de rébellion opposées au Gouvernement congolais. Le Tribunal ne dispose pas de renseignements suffisants pour apprécier, sous tous les angles pertinents, la situation telle qu'elle existait en mars 1999. Il ne peut dès lors se prononcer sur l'argument de la Défenderesse selon laquelle, nonobstant l'arrêt de la Cour d'Ordre Militaire, il existait à l'époque à la fois un intérêt public et un pouvoir légitime des forces militaires, fondé sur la Constitution ou la loi, qui auraient pu justifier, tout au plus à titre préventif, l'intervention telle qu'elle a eu lieu.

[...]

III. Le droit de recevoir une compensation

76. Le Demandeur affirme, sans être contesté sur ce point par la Défenderesse, qu'aucune compensation ne lui a été fournie en rapport avec l'intervention militaire du 5 mars 1999 et ses conséquences. N'ayant pas été accompagnées par une compensation telle qu'elle est prévue à la lettre e) de l'article III(1) TBI, les mesures prises par le Gouvernement de la RDC à l'encontre du Cabinet de M. Mitchell violent l'article III(1) TBI. Cette violation d'un engagement consacré

par ledit Traité entraîne l'obligation de la Défenderesse de réparer le préjudice économique souffert par le Demandeur.

77. L'indemnisation à laquelle la victime d'une expropriation a droit est définie dans la seconde partie de l'article III(1) TBI en ces termes:

"L'indemnisation est équivalente à la juste valeur commerciale de l'investissement exproprié. Le calcul de cette indemnisation n'entraîne aucune réduction de ladite juste valeur commerciale en raison de la notification publique préalable ou d'annonce de la mesure d'expropriation, ou d'événements qui constituent ou entraînent l'expropriation.

Ladite indemnisation porte intérêt courant à partir de la date de l'expropriation à un taux équivalent aux taux internationaux et elle est librement transférable au taux de change actuel du marché à la date de l'expropriation."

En se fondant sur cette disposition, le Tribunal doit déterminer la "juste valeur commerciale" ("fair market value") du Cabinet de M. Mitchell le 5 mars 1999.

78. Pour l'analyse de cette valeur, le Demandeur a produit une évaluation préparée par [...]. Cet expert a revu le compte d'exploitation (pertes et profits) de Mitchell & Associates pour les années fiscales se terminant au 31 décembre allant de 1996 à 1998, la situation de trésorerie du Cabinet pour les années fiscales se terminant au 29 février 1996 et allant jusqu'au 28 février 1999 et les archives comptables du Cabinet pour les années 1996 à 1998. Par ailleurs, [...] précise qu'il a interrogé M. Mitchell au sujet des origines et de la nature des activités du Cabinet et qu'il a effectué des recherches en données économiques et industrielles. [...] a conclu que la "valeur marchande de pleine concurrence" ("fair market value") au moment déterminant était de [...] USD. [...] a estimé que le Cabinet aurait non seulement continué à servir sa clientèle existante, mais qu'il aurait également acquis de nouveaux clients, particulièrement dans le secteur minier et bancaire. Il en a déduit que si la saisie n'avait pas eu lieu, les bénéfices du Cabinet auraient été d'au moins ceux de l'an 1998, soit au moins [...] USD par an. Sur la base de ce bénéfice escompté, l'expert sollicité par le Demandeur a utilisé l'approche dite des "revenus capitalisés", qui prévoit l'application à ce bénéfice anticipé d'un facteur de risque (de 24% dans le présent cas), aboutissant ainsi au montant de [...] USD. Il a trouvé en outre qu'en divisant cette valeur par les bénéfices anticipés ([...] USD), cette valeur aurait été réalisée sur une période de 4,16 ans, correspondant à la période durant laquelle M. Mitchell aurait encore exercé au Congo si la saisie n'avait pas eu lieu. Utilisant enfin une autre approche que celle des revenus capitalisés, à savoir la méthode des revenus futurs escomptés, [...] aboutit exactement à la même valeur.

79. Le Demandeur a produit des relevés de compte d'exploitation pour les années 1996 à 1998, préparés par [...]. Ils indiquent les revenus et les dépenses. Pour chaque année, ces relevés sont divisés en trois parties, correspondant, respectivement, aux paiements via les comptes de Mitchell & Associates à Seattle (Washington, USA) et à Johannesburg (Afrique du Sud, RAS), ainsi qu'aux paiements effectués au comptant dans la monnaie locale à Kinshasa. Pour des raisons liées aux fluctuations monétaires au Congo, la plupart des clients ont payé leurs honoraires en USD directement sur les comptes de Mitchell & Associates aux USA et en RAS, tandis que le paiement au comptant était d'usage au Congo.

80. La Défenderesse n'a pas commenté en détail ces relevés. Le Gouvernement de la RDC a toutefois soulevé l'objection que les relevés concernant les comptes aux USA et en RAS seraient liés en fait à des activités du Demandeur dans ces deux pays. Dès lors qu'ils seraient sans rapport avec un service quelconque rendu au Congo, ils seraient sans pertinence pour l'évaluation du Cabinet du Demandeur dans ce pays. Au regard des listes de revenus et des notes d'honoraires présentés pour prouver de tels revenus, le Tribunal constate cependant que les revenus figurant dans ces documents correspondent à des prestations fournies par le Cabinet du Demandeur dans la RDC. Les clients auxquels ces notes d'honoraires ont été adressées ont eu recours au service du Cabinet au Congo, qui les leur a fourni dans ce pays. Le fait que les honoraires ont été versés principalement à l'adresse du bureau de M. Mitchell aux USA n'implique en aucune manière que le bureau du Congo aurait agi en tant que simple sous-traitant. Au demeurant, même si tel avait été le cas, le dommage consistant dans le départ de la clientèle au Congo aurait été le même.

81. Pour l'année 1998, prise par le Demandeur comme base principale pour la détermination de son préjudice, le compte consolidé d'exploitation, portant sur les revenus obtenus dans les trois pays (RAS, USA, RDC), présente les résultats suivants (en USD):

[...]

Il résulte de ces chiffres un montant net de [...] qui correspond, de l'avis du Demandeur, au bénéfice en USD pour l'année 1998.

82. Les comptes consolidés d'exploitation relatifs aux comptes dans les Etats-Unis et en Afrique du Sud sont complétés par (1) un journal enregistrant les revenus et les dépenses, (2) des documents bancaires, (3) une liste des honoraires payés par les clients et (4) des notes d'honoraires.

[...]

87. En ce qui a trait aux comptes tenus à l'Office de Kinshasa, le Tribunal accepte que la documentation du Demandeur est incomplète en raison des conséquences de l'intervention de mars 1999. Il n'y a pas lieu de tirer des conclusions à l'encontre du Demandeur au motif de l'absence de documents qui ont été enlevés par les forces militaires et non retournés. [...]. Le Tribunal estime que les variations et les différences apparaissant à la lecture de ces divers comptes, ainsi que les faibles montants des soldes, ne justifient pas leur prise en compte pour déterminer la valeur commerciale du Cabinet dont le bénéfice ressort pour l'essentiel des comptes gérés aux Etats-Unis.

88. Il résulte ainsi de la consultation des comptes présentés et des renseignements complémentaires fournis par le Demandeur que le bénéfice réel était de [...] USD pour 1996, de [...] USD pour 1997 et de [...] USD pour 1998. [...].

[...]

90. En ce qui concerne les fonds transférés du compte bancaire du Demandeur aux USA vers le bureau dans la RDC et vers celui dans la RAS, le Demandeur affirme qu'ils représentent des dépenses qui auraient déjà été prises en compte dans les dépenses enregistrées sur les comptes des bureaux en RDC et en RAS. C'est pourquoi la déduction de tels transferts « inter-bureaux » reviendrait, d'après le Demandeur, à compter double les montants respectifs. Le Demandeur prétend également que les dépenses financées par ces transferts « inter-bureaux » figurent sur les

comptes des bureaux en RDC et en RAS ainsi que sur les comptes consolidés d'exploitation préparés par [...]. Le Tribunal observe, toutefois, que les montants débités des comptes du bureau aux USA afin de pourvoir de fonds les bureaux en RDC et en RAS ont raisonnablement dû être crédités sur les comptes de ces bureaux, avant que les dépenses de ces bureaux puissent être effectuées avec ces fonds. Le Demandeur n'a pas fourni au Tribunal d'informations plus détaillées sur ces transferts. Les comptes du bureau en RAS mentionnent plusieurs dépôts en provenance du bureau aux USA. Dès lors, si ces montants sont déduits du montant figurant au crédit du compte aux USA, puis crédités sur les comptes en RDC/RAS, ils ne sont pas comptés en double. En conséquence, ces montants ne peuvent être ajoutés au chiffre qui représente les profits obtenus à travers le bureau aux USA.

91. Le Demandeur soutient que, pour déterminer la profitabilité escomptée à l'avenir, le montant approprié devrait être obtenu en déterminant la moyenne (simple ou pondérée) sur les trois années 1996 à 1998. De l'avis du Tribunal, cette approche est raisonnable, compte tenu des variations importantes dans les résultats annuels. La baisse survenue en 1998 n'a pas été expliquée comme étant exceptionnelle, à part le fait que le bonus payé à [...] était particulièrement élevé cette année. Il a été noté que certaines dépenses ont été intégrées dans les pertes enregistrées en RSA. De plus, il convient de relever l'absence de décomptes mieux structurés et lisibles, nonobstant les appels répétés que le Tribunal a adressés au Demandeur. En conséquence, le Tribunal retient qu'un montant de [...] USD pouvait être raisonnablement escompté comme bénéfice annuel à partir de l'an 1999.

92. L'estimation de la durée pendant laquelle le bénéfice pouvait être anticipé depuis les événements de mars 1999 est délicate. Le Tribunal relève que [...] n'a pas fourni d'explication sur sa manière d'appliquer (1) la méthode des revenus capitalisés et (2) celle des revenus escomptés, comme il n'a pas démontré comment ces méthodes tiennent compte des circonstances particulières liées à l'activité du Cabinet Mitchell & Associates. Après une première interrogation adressée au Demandeur dans sa lettre du 10 mars 2003, le Tribunal s'est à nouveau tourné vers le Demandeur dans sa lettre du 14 août 2003, dans les termes qui suivent :

« ..., le Demandeur a donné une réponse brève à la question soulevée par le Tribunal dans sa lettre du 10 mars 2003 au sujet de l'évaluation de [...] (questions n° 2 et 3), se bornant en substance à répéter ce qui a déjà été écrit dans le premier mémoire sur le fond. Le Demandeur est invité à nouveau à répondre complètement aux questions soulevées, afin de permettre au Tribunal de comprendre (1) les méthodes de calculs qui ont été appliquées et (2) la détermination du facteur de capitalisation qui soutiendrait la conclusion que le bénéfice du Cabinet pouvait être escompté sur une période de 4.16 ans dès mars 1999 dans le marché particulier de la prestation de services de conseil juridique dans la RDC. »

Dans sa réponse du 5 septembre 2003, le Demandeur a expliqué que le revenu auquel il s'est référé correspondait au résultat annualisé des deux dernières années. Le montant de [...] USD était retenu comme une estimation extrêmement conservatrice, n'incluant aucune augmentation du revenu et tenant déjà compte des développements dans la RDC. Le Demandeur ajoutait que le taux de capitalisation de 24% était basé sur le taux moyen utilisé dans toutes les transactions traitées par [...] depuis 1992 et concernant des cabinets d'avocats similaires. A cet égard, la RDC et la RAS pouvaient être considérées, pour le Demandeur, comme étant d'un statut similaire, qui autorise l'usage du même taux. Toutefois, ces observations ont été fournies sans des moyens de preuve appropriés, le Demandeur se bornant à offrir qu'il était disposé à en appeler à un autre expert si l'explication donnée par [...] était jugée inadéquate par le Tribunal. Le Demandeur n'a pas expliqué au Tribunal dans quelle mesure les données économiques et

industrielles consultées par [...], qui n'ont pas été présentées au Tribunal, soutiennent l'estimation d'un bénéfice escompté pour une période de plus de quatre ans dès mars 1999.

93. Le Tribunal reconnaît que les secteurs minier et bancaire, dans lequel le Demandeur était plus particulièrement engagé, comptent parmi les domaines les plus profitables de l'économie du Congo, malgré l'instabilité politique du pays. Cependant, la valeur commerciale que le Demandeur identifie essentiellement avec la clientèle et son savoir-faire ne peut guère s'appuyer sur une assiette de plus de quatre ans. En premier lieu, si le taux de capitalisation utilisé par [...] peut s'appliquer en Afrique du Sud, il n'est pas possible de comparer la situation économique et politique du Congo à celle de l'Afrique du Sud. Un taux de capitalisation plus élevé serait certainement approprié dans le cas du Congo. En second lieu, il a été établi que M. Mitchell a visité le Congo en 2002 sans être inquiet. Dans ces conditions, le Tribunal estime qu'une période plus courte serait plus réaliste, qu'il fixe à trois ans. Il en résulte que la "juste valeur commerciale" ("fair market value") de Mitchell & Associates était à l'époque de 750.000 USD.

94. Le Demandeur a estimé que le taux d'intérêt à appliquer à ce montant est le taux d'escompte préférentiel du "Federal Reserve Board of Governors Bank", qui était de 7,75% en mars 1999. La Défenderesse soutient que cette question relève du droit de la RDC, qui prévoit que ce taux ne peut dépasser 6% en matière civile et 8% dans les affaires commerciales, l'intérêt n'étant dû que dès le jour de la demande en justice. Dans sa réponse, le Demandeur, sans se prononcer sur la loi applicable, estime que le droit congolais confère aux tribunaux le pouvoir de fixer un taux d'intérêt entre 6 et 12% et qu'en matière délictuelle, le lésé peut obtenir l'intérêt sur le montant de l'indemnité dès le jour de la survenance du préjudice. La Défenderesse rejette cette explication, en précisant en particulier que, selon la loi congolaise, une créance fondée sur un acte illicite ne peut produire des intérêts tant qu'elle n'a pas reçu d'existence légale par un jugement qui la constate. Le Tribunal, cependant, doit appliquer les dispositions pertinentes du TBI qui l'emportent sur le droit matériel congolais. D'après le troisième paragraphe de l'art. III(1) du Traité (qui correspond à la dernière phrase du second paragraphe de la même disposition dans la version anglaise), l'indemnisation porte intérêt à un « taux équivalent aux taux internationaux », cet intérêt étant courant et fixé « à partir de la date de l'expropriation ». Le Tribunal est de l'avis que le taux indiqué par le Demandeur est approprié et qu'en conséquence, le montant de 750.000 USD porte intérêt au taux de 7.75% par an dès le 6 mars 1999.

95. En conclusion, le Tribunal décide que la Défenderesse doit payer au Demandeur le montant de 750.000 USD plus les intérêts au taux de 7.75% par an à compter du 6 mars 1999 jusqu'au jour du paiement.

D. La demande reconventionnelle de la RDC

96. Dans son mémoire en réplique du 3 septembre 2001, la Défenderesse présentait une demande reconventionnelle en dommages-intérêts dirigée contre le Demandeur pour un montant de un million de US dollars "pour les désagréments que lui a causés le demandeur" et "pour atteinte à la bonne réputation de la RDC". Dans son contre-mémoire en réplique du 7 janvier 2003, la Défenderesse a mentionné un montant de [...] USD, couvrant à la fois les dommages-intérêts pour atteinte à la réputation de la RDC et les frais encourus par celle-ci pour sa défense dans le présent litige. Dans ses réponses aux questions posées par le Tribunal dans sa lettre du 10 mars 2003, la Défenderesse a justifié la différence entre ces deux montants par les frais liés à sa défense dans cette procédure.

97. Etant donné que le Tribunal a constaté que le Demandeur a été l'objet d'une mesure d'expropriation qui viole l'article III(1) TBI et qu'il conclut à ce que la Défenderesse soit condamnée à payer au Demandeur une compensation appropriée, le Tribunal conclut que la demande reconventionnelle n'a aucun fondement eu égard à l'issue du présent litige. La répartition des frais d'arbitrage est traitée ci-après.

E. La répartition des frais d'arbitrage

98. Le Demandeur demande que la Défenderesse soit condamnée à lui rembourser tous les frais qu'il a encourus dans cet arbitrage, y compris les honoraires des arbitres et des experts, les frais de justice de M. Mitchell ainsi que tous les frais administratifs. Ces frais ont été arrêtés à 206.560.- USD (divisés en 172.337,40 USD et 243.223,81 R).

99. La Défenderesse demande, pour sa part, que le Demandeur soit condamné à lui payer tous les frais de justice, incluant les honoraires des avocats et experts, que la présente instance lui a causés. Le montant de ces frais a été arrêté à 307.907,50 USD.

100. Tenant compte du fait que la Défenderesse s'est opposé sans succès à la compétence du Tribunal et que ses objections sur le fond de la demande ont été repoussées par le Tribunal, ainsi que sa demande reconventionnelle, tandis que le Demandeur n'a réussi que partiellement quant au montant des dommages-intérêts réclamés, le Tribunal estime équitable que la Défenderesse supporte ses propres frais, dépenses et les honoraires de ses conseils, et qu'elle participe aux frais du Demandeur pour un montant de 35.000 USD. Le Demandeur supporte ses propres frais dans la mesure où ils dépassent ce montant. Les frais encourus par le Tribunal arbitral et le CIRDI ont été réglés à raison de 110.000 USD par le Demandeur et de 70.000 par la Défenderesse. Le Tribunal décide que la Défenderesse supporte sa part et qu'elle doit payer en outre au Demandeur un montant de 60.000 USD, le Demandeur supportant par ailleurs ce qu'il a payé en sus de ce montant. En conséquence, la Défenderesse doit payer au Demandeur la somme de 95.000.- USD plus des intérêts au taux de 7.75% par an, à partir de la date de la sentence.

101. Le Tribunal rejette par ailleurs la demande du Demandeur qu'un montant de 530.000 USD lui soit alloué dans l'hypothèse où la Défenderesse ne paierait pas le montant fixé dans la décision dans le délai fixé par le Tribunal. En effet, outre le fait que la décision du Tribunal ne peut englober une indemnité pour un dommage hypothétique, l'article 28 du Règlement d'arbitrage ne permet pas l'allocation de frais supportés par une partie postérieurement à la clôture de la procédure.

F. Décision

102. Sur la base des considérations qui précèdent, le Tribunal, à la majorité, décide ce qui suit :

1. Le présent litige relève de la juridiction du Centre et de la compétence de ce Tribunal.
2. M. Patrick H. Mitchell a été la victime d'une expropriation exécutée par la République Démocratique du Congo en violation de l'article III, alinéa 1, du Traité bilatéral d'investissement conclu entre la République démocratique du Congo et les Etats-Unis d'Amérique.
3. La République Démocratique du Congo doit payer à M. Patrick H. Mitchell la somme de 750.000.- USD plus les intérêts au taux de 7.75% par an à compter du 6 mars 1999 jusqu'au jour du paiement.
4. La demande reconventionnelle de la République Démocratique du Congo est rejetée.
5. La République Démocratique du Congo supporte ses propres frais, dépenses et honoraires de ses conseils, ainsi que sa participation aux frais encourus par le Tribunal arbitral et le CIRDI.

La République Démocratique du Congo doit payer à M. Patrick H. Mitchell la somme de 95.000 USD plus les intérêts au taux de 7.75% par an, à compter de la date de la sentence, en tant que contribution aux frais, dépenses et honoraires des conseils du Demandeur, y compris la participation de celui-ci aux frais encourus par le Tribunal arbitral et le CIRDI.

M. Patrick H. Mitchell supporte ses propres frais, dépenses et honoraires de ses conseils, ainsi que sa participation aux frais encourus par le Tribunal arbitral et le CIRDI, pour tout montant supérieur à 95.000 USD.

Yawovi Agboyibo
Arbitre

[signé]
Andreas Bucher
Président du Tribunal

[signé]
Marc Lalonde
Arbitre

Cologne, le 14 janvier 2004

Montréal, le 26 janvier 2004

EXCERPTS

Affaire No. ARB/99/7

PATRICK H. MITCHELL

c/

REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO

Opinion Dissidente
de
Me Yawovi AGBOYIBO
Arbitre

INTRODUCTION

- 1- Je regrette de ne pouvoir m'associer à la sentence rendue par le tribunal dans le différend opposant la République Démocratique du Congo à M. Patrick MITCHELL.
- 2- Je tiens toutefois à préciser que j'adhère entièrement aux passages de la sentence concernant, la genèse du litige, les positions respectives des parties et les étapes de la procédure.
- 3- Je voudrais souligner également que c'est à juste titre que le tribunal a examiné les problèmes soulevés par le dossier en se basant prioritairement sur des règles acceptées par les deux parties notamment la Convention de CIRDI et le Traité Bilatéral du 03 août 1984.
- 4- Sous réserve des observations que je ferai à l'instant à propos du préalable de la compétence, je pense que le tribunal a sainement appliqué ces règles à la question de savoir si M. Patrick MITCHELL a été ou non victime d'expropriation de son cabinet en RDC. Je suis d'avis, que de par de leurs conséquences, les mesures dont le cabinet a été frappé, équivalent à une expropriation quand bien même les autorités congolaises auraient légalement agi ou n'auraient pas recherché intentionnellement les effets provoqués.
- 5- Si je ne me suis pas rallié à la sentence, c'est parce que, à mon avis, le tribunal n'a pas apporté de réponses appropriées aux deux autres points qui ont opposé les parties :
 - *l'investissement requis pour la compétence du tribunal arbitral (A)*
 - *les bases d'évaluation de la compensation réclamée par M. Patrick MITCHELL (B).*

A- CONCERNANT L'INVESTISSEMENT REQUIS POUR LA COMPETENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL

6- L'appréciation de l'investissement susceptible de justifier la compétence du tribunal arbitral a été fortement influencée par le fait que les parties ont davantage porté les débats sur le **contenant** que sur le **contenu** de la notion d'investissement.

7- Pour décliner la compétence du tribunal arbitral, la RDC s'est en effet tenu exclusivement au moyen tiré de ce que *l'activité d'avocat ou de conseil juridique ne saurait être qualifiée d'investissement* sans se préoccuper des éléments allégués par le demandeur comme étant des investissements.

8- La RDC a notamment soutenu que l'activité d'avocat ou de conseil juridique n'est pas comprise dans la notion de service visée à l'article I (c) du TBI portant définition de la notion d'investissement. Elle a en outre relevé que le permis d'installation dont se prévaut le demandeur n'est pas conforme au Code congolais des investissements. Elle a estimé par ailleurs que la profession d'avocat ou de conseil juridique n'est pas du domaine commercial auquel est limité le champ d'application du TBI.

9- Le tribunal a raison d'avoir rejeté le moyen pris en ses diverses facettes. J'aimerais simplement faire remarquer que je n'ai pas compris pourquoi le tribunal a cherché absolument à faire ressortir dans les motifs de la sentence qu'il *"n'a pas à examiner, en ce qui concerne la question de sa compétence, si le cabinet de MITCHELL détenait ou non une autorisation pour exercer des activités en qualité d'avocat ou de conseil juridique"* (sentence : paragraphe 51). Il pouvait se passer du motif d'autant plus qu'il a répondu aussitôt après, à la préoccupation exprimée par la RDC. En réalité je trouve étonnant que le tribunal insinue que le demandeur pouvait s'installer dans le pays hôte sans se conformer aux règlements et procédures administratives visés aux articles II-9 et IX (a) du TBI.

10- Cela dit, je suis d'accord avec la sentence que l'activité d'avocat ou de conseil juridique peut servir de cadre à un investissement justifiant la compétence du tribunal.

11- *Mais peut-on aller jusqu'à dire que l'activité d'avocat ou de conseil juridique constitue par elle seule un investissement au sens du TBI et de la Convention du CIRDI* (sentence, par : 52 et 53).

De même, est-il possible de qualifier d'investissement justifiant la compétence du tribunal arbitral :

- *les contrats de service par lesquels M. Patrick MITCHELL apportait son assistance juridique à ses clients (sentence : par 46 et 48),*
- *la clientèle du demandeur (par 48),*
- *les revenus enregistrés sur ses comptes aux USA. (par 48)*
- *l'autorisation d'exercer l'activité de conseil juridique (par 48)*

12- A l'issue des échanges sur ces diverses questions, le tribunal a conclu que *"...les ressources et activités liées à ce cabinet (Patrick MITCHELL) constituent un investissement au sens de la Convention du CIRDI et du TBI"* (par 57).

13- Je ne partage pas à cette opinion. Le tribunal s'est trompé à mon avis.

14- Certes, les contrats d'assistance juridique et les autres activités mentionnées par la sentence comme constituant un investissement sont protégées par le TBI. Mais l'article II-2 qui prévoit cette protection a tenu à désigner les activités en question par un terme spécifique : **"activités afférentes aux investissements"**, pour marquer leur différence par rapport à la notion **"d'investissement"**. La nuance n'est pas fortuite. Et ce n'est pas non plus par hasard que le Traité a fait cas des "activités d'investissement", non pas à l'article I (c) concernant la définition du terme investissement, mais à l'article II consacré au traitement des investissements. Bien qu'elles bénéficient de la même protection, les deux notions sont donc distinctes.

15- Dans la mesure où la compétence du tribunal est subordonnée uniquement à la preuve d'un investissement, c'est sur cette notion que le tribunal devrait baser son analyse. Une fois établi l'investissement requis, la protection qui lui est attachée s'étend de plein droit aux activités et produits y afférents : la clientèle, les contrats de prestation de service, les honoraires perçus ...

Et c'est cet ensemble d'éléments protégés par le Traité que l'on doit prendre en compte pour l'application des notions d'expropriation et d'indemnisation.

16- C'est donc par erreur que le tribunal a cru devoir atteindre le même résultat en qualifiant *"d'investissement"* les activités afférentes aux investissements.

17- Je ne pense point au demeurant que l'on puisse se prévaloir de la flexibilité de la notion d'investissement pour rattacher tout **service** allégué à l'article I (c) du TBI. Un service tout comme un bien, une recette, un emprunt, ou autre élément visé à l'article I (c) du TBI ne peut être qualifié d'investissement que s'il s'inscrit dans un processus de production. On ne saurait confondre les **"biens ou services investis"** avec **"les biens ou services produits"**. Dans le cas d'espèce, les services fournis aux tiers par le demandeur en RDC et les honoraires facturés ou rétrocédés en contre partie sont des produits de l'investissement. Il n'en serait autrement que si ces honoraires venaient à être réinvestis. Ils constitueraient alors un investissement au sens de l'article I-(c) (vii) du Traité.

18- De même, la clientèle ordinaire est le résultat de l'investissement et non un élément de l'investissement. Il en va ainsi au regard du Traité. Il en est de même en droit congolais, et de manière générale dans les pays de tradition juridique francophone. Dans tous ces pays, la clientèle ne figure pas parmi les éléments d'investissement. Il n'en est autrement qu'en cas de cession de clientèle par laquelle le cessionnaire acquiert un droit de non concurrence à l'encontre du cédant ; lequel droit peut être qualifié d'investissement au titre des droits de propriété intellectuelle et industrielle visés à l'article I (c) (iv) du TBI. Ce qui n'est pas le cas en l'espèce le demandeur n'ayant pas prouvé que le contrat de cession d'actifs qu'il a signé le 31 mars 1991 avec ses anciens associés, comportait une clause de cession de clientèle.

19- Je me suis par ailleurs demandé comment le tribunal a pu jouer sur la flexibilité de la notion d'investissement au point d'en étendre l'application à des revenus enregistrés par le Patrick MITCHELL sur ses comptes aux USA et en RSA, sans se soucier du champ de couverture du TBI ...

20- En réalité, le seul investissement que le sieur Patrick MITCHELL a fait valoir dans son mémoire ampliatif du 11 octobre 2001 sous la rubrique G (point 39 à 51) est constitué par les actifs qu'il a acquis par le contrat de cession d'actifs signé le 31 mars 1991 avec ses anciens associés : [...]. S'agissant de la clientèle, des contrats d'assistance juridique et des honoraires perçus, il n'en a fait état dans son mémoire susvisé, que sous la rubrique concernant l'indemnisation. Contrairement au tribunal, le demandeur n'a donc pas étendu la notion d'investissement aux activités afférentes aux investissements.

21- Mais alors vient à l'esprit la question : pourquoi le tribunal a-t-il fait amalgame des deux notions ? Est-ce parce qu'il a estimé que l'investissement établi conformément au TBI et à la Convention de CIRDI ne serait pas suffisamment significatif pour justifier sa compétence ? J'avais personnellement pensé à une étape des échanges du tribunal que les actifs acquis par le demandeur à la suite du contrat de cession du 31 mars 1991 pouvaient justifier la compétence du tribunal. Mais j'ai pu comprendre à l'écoute du tribunal que nous risquions de pécher par manque de consistance en qualifiant d'investissement les quelques biens mobiliers, les dossiers, archives et autres documents qui se trouvaient dans le cabinet au moment de la saisie. Effectivement, à n'y prendre garde, le sieur Patrick MITCHELL pourrait à la limite se prévaloir de la seule autorisation d'exercer la profession de conseil juridique pour prétendre être en droit d'agir devant le tribunal du CIRDI. Ce serait la porte ouverte à tous les abus.

22- Il fallait donc éviter la confusion dans l'application de la notion d'investissement. Une chose est d'investir et une autre est "d'exercer des activités".

23- Par l'amalgame entre "investissement" et "activités afférentes aux investissements", le tribunal a donné une réponse inappropriée au déclinatoire de compétence en se basant à tort sur le volume des activités du sieur Patrick MITCHELL pour dire qu'il y a eu dans le cas d'espèce un investissement au sens du TBI et de la Convention de CIRDI.

B- CONCERNANT LES BASES D'ÉVALUATION DE LA COMPENSATION RECLAMÉE PAR M. PATRICK MITCHELL

24- Le tribunal avait à répondre à la question de savoir s'il fallait, pour la détermination de la compensation réclamée par le sieur Patrick MITCHELL, tenir uniquement compte de la valeur marchande de son cabinet en RDC, ou s'il fallait également se référer à la valeur de ses deux autres cabinets aux USA et en RSA.

25- Il s'est prononcé pour la prise en compte des valeurs des trois cabinets au motif "*qu'au regard des listes de revenus et des notes d'honoraires présentés pour prouver de tels revenus, le Tribunal constate ... que les revenus figurant dans ces documents correspondent à des prestations fournies par le Cabinet du Demandeur dans la RDC. Les clients auxquels ces notes d'honoraires ont été adressées ont eu recours au service du Cabinet au Congo, qui les leur a fournis dans ce pays. Le fait que les honoraires ont été versés principalement à l'adresse du bureau de M. Patrick MITCHELL aux USA n'implique en aucune manière que le bureau du Congo aurait agi en tant que simple sous-traitant*". (Sentence : par 80).

26- Je me suis démarqué du raisonnement ainsi suivi par le tribunal parce que je l'ai trouvé choquant.

27- Pour une meilleure compréhension de mon opinion, j'aimerais souligner qu'il n'est contesté par personne que le cabinet Patrick MITCHELL en RDC est juridiquement distinct de ceux installés dans les deux autres pays, qu'il a sa clientèle locale et son propre compte d'exploitation.

28- Il est également acquis que s'agissant des clients résidant à l'étranger pour lesquels le bureau en RDC intervenait à la demande des cabinets aux USA et en RSA, ce sont ces derniers qui facturaient et encaissaient les honoraires.

Contrairement au point de vue exprimé par la sentence, il est indéniable que pour la clientèle extérieure, le bureau de Kinshasa ne prêtait ses services qu'à titre de sous-traitant pour le compte

des cabinets aux USA et en RSA. Et tout porte à croire que les fonds transférés au bureau en RDC par les cabinets aux USA et RSA sont des rétrocessions d'honoraires couvrant les services ainsi fournis. Les honoraires rétrocédés ajoutés aux produits internes, constituent à mon point de vue les seuls revenus à mettre en parallèle avec les charges pour déterminer le résultat financier de l'exploitation du bureau de Kinshasa. Et c'est au résultat ainsi dégagé qu'il fallait appliquer la méthode par "capitalisation des revenus" que le tribunal a retenue pour déterminer la valeur marchande de "l'investissement" dont le sieur Patrick MITHCELL aurait été exproprié.

29- Pourquoi le tribunal a-t-il préféré se baser sur les résultats consolidés des trois cabinets ? Il n'aurait certainement pas procédé ainsi si le résultat dégagé par le cabinet de Kinshasa pour l'exercice 1998 était substantiel.

30- Il s'est trouvé que pour cet exercice de 1998, le compte d'exploitation du cabinet en RDC a présenté un résultat négatif à hauteur de [...] USD, les honoraires enregistrés et les dépenses effectuées s'élevant respectivement à : [...] USD. Ce constat n'a pas été sans influence sur la position adoptée par le tribunal.

31- Or, et si tant est qu'il fallait prononcer une condamnation, il pouvait y avoir une autre façon de contourner la difficulté. Le tribunal aurait pu en effet recouper la méthode d'évaluation par capitalisation des revenus avec une approche qui dégage l'actif net du cabinet à la date des faits reprochés aux autorités congolaises. Il suffisait pour cela que le tribunal convie le demandeur à lui fournir des informations appropriées sur l'actif et le passif du cabinet. Ce que ce dernier s'était abstenu de faire jusque là, le seul élément dont disposait le tribunal étant le contrat de cession d'actifs d'un montant modique qu'il a signé en 1991 avec ses associés de l'époque. La diligence aurait au moins édifié le tribunal sur les investissements afférents à l'immeuble qui abritait son cabinet en RDC et sur tous les autres biens qu'il a acquis postérieurement au 31 mars 1991.

32- Je n'ai point compris pourquoi le tribunal a écarté cette diligence que j'ai proposée et a préféré aller au bout d'un raisonnement à travers lequel les cabinets en USA et en RSA ne seraient que de simples bureaux de facturation et d'encaissement des honoraires correspondant à des services fournis par le Cabinet en RDC.

33- Cette démarche du tribunal viole tout d'abord le champ d'application du TBI du 28 août 1984. Le traité ne peut couvrir que le cabinet de Patrick MITCHELL en RDC. On ne saurait en étendre les effets à des cabinets ouverts par le demandeur dans d'autres pays.

34- La démarche est ensuite grave de conséquence en ce qu'elle constitue de la part du tribunal du CIRDI une façon ouverte et inadmissible de cautionner un mécanisme monté par le sieur Patrick MITCHELL pour transférer illicitement vers l'étranger des revenus générés par son cabinet en RDC.

35- Si le Traité bilatéral du 28 août 1984 garantit en son article V-1 (a), au sieur Patrick MITCHELL le libre transfert des revenus qu'il a réalisés en RDC, c'est à la condition expresse qu'il se conforme aux procédures prescrites en la matière par la législation congolaise et s'acquitte des impôts sur les revenus. (Article V-3).

36- Or, par son mécanisme de facturation et d'encaissement des honoraires à l'étranger, le sieur Patrick MITCHELL a durant des années, soustrait l'essentiel de ses revenus à l'application de ces dispositions réglementaires.

37- Le tribunal ne saurait fermer les yeux sur de telles pratiques sans trahir les objectifs du TBI et de la Convention de CIRDI.

38- Il est juridiquement et moralement inacceptable que le sieur Patrick MITCHELL se montre exigeant sur les dispositions du TBI fonctionnant en sa faveur pendant qu'il adopte lui-même des comportements préjudiciables au développement du pays hôte.

Le tribunal ne devrait pas, à mon point de vue, prendre en compte la réparation du préjudice qu'il a allégué les revenus illicitement transférés à l'étranger aux dépens de la RDC.

CONCLUSION

39- A la lumière des raisons qui précèdent, j'ai la conviction qu'il est contraire au droit et à la justice que le tribunal non seulement alloue au sieur Patrick MITCHELL la somme de 750.000 USD avec des intérêts au taux de 7,75 %, mais condamne en outre la RDC à lui payer 95.000 USD pour contribution à ses débours de procédure, aux honoraires dus à son conseil et à sa quote-part des frais d'arbitrage encourus par le CIRDI.

40- C'est pourquoi je me suis abstenu de co-signer la sentence.

[signé]

Yawovi Agboyibo

Fait à Lomé le 23 janvier 2004