

# 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'EVALUATION DE LA COMPENSATION RECLAMEE 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