

Opinion dissidente d'Alexis Mourre dans l'arbitrage CIRDI ARB/15/18

1. Au terme d'une délibération complète et constructive, je ne suis malheureusement pas en mesure d'adhérer à la décision prise par la majorité de décliner la compétence du tribunal arbitral dans cette affaire. Les raisons en sont les suivantes.
2. Les faits ont été clairement et complètement résumés dans la sentence, et il n'est pas nécessaire d'y revenir. La société demanderesse (CFHL) a été constituée selon le droit du Luxembourg en janvier 2005. Entre 2006 et 2008, elle a acquis 46,57% des actions de la banque camerounaise Commercial Bank Cameroon (CBC).
3. CFHL soutient, pour l'essentiel, que son investissement a fait l'objet d'une expropriation à la suite d'une série de mesures prises par, ou à l'instigation de, l'Etat défendeur, consistant d'abord en une mise sous administration provisoire de la CBC en avril 2006, puis dans la mise en œuvre d'une procédure de restructuration, et en fin dans la mise sous séquestre des titres dont elle est propriétaire.
4. La majorité du tribunal arbitral décide néanmoins de décliner sa compétence au motif, d'une part, que CFHL ne remplit pas la condition de nationalité prévue par la Convention entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la République Unie du Cameroun du 1^{er} novembre 1981, sur la base de laquelle l'arbitrage a été engagé (« le Traité), et d'autre part que CFHL n'aurait pas réalisé un investissement au sens de la convention CIRDI. Je suis en désaccord avec chacune de ces deux propositions.

a) Sur la nationalité de CFHL :

5. Comme l'indique la majorité (§ 178), il faut pour apprécier le critère de nationalité partir de l'article 1(2) du Traité. Cette disposition définit le terme « sociétés » comme suit : « *[e]n ce qui concerne l'Union Economique Belgo-Luxembourgeoise, toute personne morale constituée conformément à la législation de Belgique ou de Luxembourg et ayant son siège social sur le territoire de Belgique ou du Luxembourg* ».
6. Je partage l'avis de la majorité (§ 196) que cette disposition régit la nationalité de l'investisseur au sens du Traité. Il s'agit donc d'apprécier si les conditions qu'il pose sont satisfaites en l'espèce.
7. Cet article pose deux conditions, et deux conditions seulement, pour qu'une société soit considérée comme ayant la nationalité luxembourgeoise au sens du traité : la première est sa constitution conformément à la loi luxembourgeoise, et la seconde est l'existence de son siège social au Luxembourg.
8. La première de ces deux conditions est sans nul doute satisfaite. Il n'est en effet pas contesté que CFHL a bien été constituée conformément à la législation du Luxembourg.

9. La question est donc de savoir si CFHL avait son siège social au Luxembourg à la date des violations alléguées du TBI et à la date de la demande d'arbitrage.
10. Je suis à cet égard en accord avec l'opinion de la majorité (§ 211) selon laquelle la localisation au Luxembourg du siège social doit être appréciée selon le droit luxembourgeois. Dès lors que l'article 1(2) du Traité fait référence au droit luxembourgeois pour ce qui concerne la constitution de la société, il est logique de considérer que le même droit s'applique à la localisation du siège social. C'est donc selon le droit luxembourgeois qu'il s'agit d'apprécier la notion de 'siège social' de la demanderesse.
11. L'article 27 de la loi du 15 août 1915 concernant les sociétés commerciales du Grand-Duché du Luxembourg définit le siège social par référence au siège statutaire (§ 219 de la sentence). Comme le relève encore la sentence (§220), les experts des deux parties sont d'accord pour considérer que la notion de siège social renvoie en droit luxembourgeois au siège statutaire (et non au siège réel) de la société, lequel est bien situé au Luxembourg. Ce seul constat devrait selon moi suffire à conclure que la condition de nationalité prévue à l'article 1(2) du Traité est satisfaite.
12. La majorité estime cependant que « *le tribunal arbitral ne peut se borner à déterminer l'utilisation de la notion de « siège social » dans la loi concernant les sociétés commerciales de 1915* », et qu'il lui faut aussi « *répondre à la question de savoir si la présence d'un siège statutaire sur le territoire du Luxembourg est suffisante pour que la société soit 'de nationalité luxembourgeoise'* » (§ 221).
13. La majorité fait alors (§ 224-225) une interprétation *a contrario* de l'article 159 de la loi luxembourgeoise concernant les sociétés commerciales¹ pour estimer (§ 226) que « *pour qualifier une société de 'luxembourgeoise', [le droit luxembourgeois] exige la présence d'un domicile correspondant à l'administration centrale de la société sur le territoire luxembourgeois sans établir de présomption irréfragable en faveur du siège statutaire* ».
14. La majorité se réfère à cet égard à un jugement du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 21 avril 1971 décidant que le critère déterminant pour apprécier la nationalité d'une société en droit du Luxembourg est le lieu de son principal établissement (§ 224).
15. Or, cette décision n'est selon moi pas pertinente pour la question que le tribunal doit trancher. Le Traité définit en effet la nationalité de façon autonome, par référence aux deux conditions rappelées ci-dessus (la constitution de la société conformément à la loi luxembourgeoise et la localisation au Luxembourg de son siège *social*). Il suffit donc que ces deux conditions soient satisfaites pour que l'investisseur personne morale soit considéré comme ayant la nationalité luxembourgeoise au sens du Traité.
16. Le Tribunal n'a donc pas à rechercher si la société est 'vraiment' luxembourgeoise au sens du droit luxembourgeois (ou du droit international) ou si son siège social correspond au siège réel ou à la localisation de son principal établissement. Une telle recherche aurait été nécessaire si le Traité avait fait référence au 'siège' (plutôt qu'au 'siège social'), ou encore au 'domicile', ou au lieu du 'principal établissement'. Certains traités combinent encore le critère du siège social avec le lieu du principal établissement ou de '*l'effective management*'. Dans une telle hypothèse, il faut bien sûr rechercher si ces critères sont satisfaits et si le siège

¹ Lequel dispose que « [l]orsqu'une société a son domicile au Grand-Duché du Luxembourg, elle est de nationalité luxembourgeoise... ».

réel coïncide avec le siège social. Dans le cas présent, le seul critère retenu est celui du 'siège social'.

17. Que le droit luxembourgeois « exige la présence d'un domicile correspondant à l'administration centrale de la société sur le territoire luxembourgeois sans établir de présomption irréfragable en faveur du siège statutaire » (§ 226 de la sentence) est également sans pertinence pour la question à résoudre. La question n'est pas ici de savoir si le siège social coïncide ou non avec le siège réel, mais simplement de vérifier qu'il se trouve bien au Luxembourg.
18. Comme le relève l'avis de droit du prof. Prüm (§ 24 et 47 ss.), Les notions de siège social et de domicile (ou de siège réel) ne coïncident pas nécessairement en droit luxembourgeois. Au contraire, la référence au 'siège social' fait toujours référence en droit luxembourgeois au siège statutaire, alors que l'emploi du terme 'siège' peut désigner l'administration centrale (Prüm, § 20-24).
19. Les experts des deux parties sont en accord sur ce point. Le Prof. Prüm écrit à cet égard (§12-15) : « Comme le note Me Steichen dans son rapport (§ 7), l'expression 'siège' d'une société, sans autre qualificatif, renvoie en droit luxembourgeois à différents lieux en ce compris le siège statutaire, le siège de l'administration centrale et le centre de la vie juridique de l'entreprise. [...] L'expression 'siège social', à proprement parler, apparaît à plusieurs reprises dans la loi du 15 août 1915 concernant les sociétés commerciales [...]. Chacune de ces occurrences constitue, comme le note également Me Steichen, invariablement une référence au siège statutaire de la société ». Le Prof. Prüm ajoute (§ 24) : « Il ressort ainsi de la terminologie employée par le législateur luxembourgeois que l'expression 'siège social' est entendue comme synonyme de 'siège statutaire' et que chaque fois que la loi entend désigner le siège dit 'réel' de la société – expression qu'elle n'emploie pas directement – elle utilise les termes 'siège de l'administration centrale' ou 'domicile' ou encore, jadis, l'expression 'lieu du principal établissement' ».
20. Le Prof. Steichen écrit quant à lui ce qui suit dans son avis de droit (§ 10-11) : « La signification que le législateur a entendu donner au terme de siège social [...] est incontestablement celle de siège statutaire [...]. Il ne peut y avoir, à un instant donné, qu'un seul siège statutaire : le siège statutaire est facile à déterminer dans les faits, étant donné qu'il s'agit de l'adresse indiquée dans les statuts et communiquée au Registre du Commerce et des Sociétés ».
21. Que le droit luxembourgeois exige, pour reconnaître la nationalité luxembourgeoise à une société, que le siège social coïncide avec le siège réel, ne permet donc pas d'assimiler les termes de 'siège social et de 'siège réel'.
22. La question pertinente n'est donc ici pas de savoir si une société ayant son siège social au Luxembourg mais n'y ayant pas son domicile ou son siège réel pourrait ou non se voir priver de la nationalité luxembourgeoise. L'article 1(2) du Traité ne fait en effet pas référence au 'siège', au 'domicile' ou à la 'nationalité' de la société, mais uniquement au 'siège social', qui se trouve incontestablement situé au Luxembourg.
23. D'ailleurs, dans l'hypothèse d'une société dont le siège social se trouverait au Luxembourg, mais dont l'administration centrale (siège réel) se trouverait dans un autre pays, et qui se verrait de ce fait privée de sa nationalité luxembourgeoise, ce siège réel hors du Luxembourg n'en deviendrait pas pour autant *ipso facto* le siège statutaire de la société. Il y aurait simplement, dans cette hypothèse, une déconnection entre siège social et siège réel, de

nature à faire perdre sa nationalité luxembourgeoise à la société. Ce seul constat démontre qu'on ne peut simplement assimiler les concepts de siège social (statutaire) et de siège réel. Or, ce qui nous intéresse ici n'est pas de déterminer si la société a la nationalité luxembourgeoise selon le droit luxembourgeois, mais seulement si son siège social est situé au Luxembourg. Dans le cas présent, on ne saurait évidemment considérer que le siège social de CFHL se trouve au Cameroun, même si on estimait que l'administration centrale (siège réel) de cette société se trouve dans ce dernier pays. Ce siège reste dans toutes les hypothèses fixé au Luxembourg.

24. La majorité considère aussi (§ 232) que la référence à la localisation du siège social au Luxembourg serait redondante dès lors « *que l'exigence de la constitution des sociétés conformément à la législation luxembourgeoise entraîne l'établissement du siège statutaire de la société sur le territoire du Luxembourg* ».
25. Un tel raisonnement ne me paraît pas totalement convaincant dès lors que les deux conditions font référence à des choses différentes : d'un côté, le fait que la société ait été à l'origine constituée de façon régulière, et de l'autre qu'elle ait ensuite maintenu son siège social au Luxembourg. Je n'y vois pas de redondance. La première condition va en effet au-delà de la question du siège et de son éventuel transfert (par exemple, libération du capital, nombre d'administrateurs, licéité de l'objet social, etc...) ; il faut en d'autres termes que la société ait été régulièrement créée selon le droit local. La seconde est temporelle et plus limitée : il faut que le siège social ait été maintenu au Luxembourg après la constitution de la société. Les auteurs du Traité peuvent donc parfaitement avoir voulu faire référence à la fois à une condition de constitution régulière de la société et à une condition de maintien de son siège social au Luxembourg. J'ajoute que contrairement à l'avis exprimé par la majorité, il est tout à fait possible qu'une société luxembourgeoise décide de transférer son siège social dans un autre pays, et c'est sans doute là le cas de figure que les rédacteurs du Traité ont entendu viser.
26. Comme je l'ai dit, la condition de nationalité est selon moi satisfaite au regard des deux conditions posées par l'article 1(2) du Traité. Elle l'est dès lors nécessairement au regard de l'article 25(1) de la Convention CIRDI.
27. L'article 25 ne renvoie en effet pas à une notion objective de la nationalité qui pourrait être différente de la définition adoptée par les parties dans le traité bilatéral. Il y a lieu, pour apprécier si la condition de nationalité est remplie au regard de l'article 25, de renvoyer à la définition retenue dans le traité bilatéral. C'est ce qu'a à juste titre décidé le Tribunal du CIRDI dans l'affaire *African Holding c. Congo* (ARB/05/21, sentence sur la compétence et la recevabilité du 29 juillet 2008, § 94). A partir du moment où l'investisseur peut se prévaloir de la définition de la nationalité prévue dans le traité d'investissement dont l'application est invoquée, la compétence *rationae personae* du Centre est établie, l'article 25 n'imposant aucun critère particulier de nationalité.
28. Je suis donc en désaccord avec l'opinion de la majorité selon laquelle (§ 279) « *la demanderesse doit remplir autant les critères de nationalité issus de la Convention CIRDI que les conditions énoncées par le Traité* ». La majorité estime à cet égard que, dès lors que « *le Traité applicable ne contient pas [...] de définition de la nationalité des personnes morales* » [...] « *l'examen de nationalité doit être effectué à la lumière du droit international, qui renvoie au droit national dans la mesure où il s'agit du droit régissant la nationalité revendiquée par la partie concernée* » (§ 282).

29. Il est en effet selon moi inexact de dire que le *Traité* ne contient pas une définition de la nationalité de la personne morale. L'article 1(2) contient bien une telle définition, consistant à considérer comme luxembourgeoise *au sens du Traité* toute société remplissant les deux conditions de constitution régulière selon le droit luxembourgeois et de localisation au Luxembourg du siège *social*. Dès lors que ces deux conditions sont remplies, il n'existe aucune raison de rechercher si la société satisfait les conditions posées par le droit luxembourgeois (ou par le droit international) pour avoir la nationalité luxembourgeoise. Il suffit qu'elle ait cette nationalité *au sens du traité bilatéral*.
30. Je suis également en désaccord avec les conclusions auxquelles parvient la majorité quant à la localisation du domicile réel de la société, à supposer que cette notion soit pertinente. Comme je l'ai dit, je ne partage pas l'avis de la majorité selon lequel le siège social requiert la présence de l'administration centrale de la société au Luxembourg. Mais même si tel était le cas, j'estime que cette condition serait en l'espèce satisfaite.
31. Pour parvenir à sa conclusion, la majorité analyse une série d'éléments, dont le lieu des assemblées générales et des réunions de conseil d'administration, le lieu de la comptabilité et le lieu où se trouvent les documents sociétaires et comptables (§ 237). Cette analyse aurait selon moi dû conduire à une localisation du domicile de la société au Luxembourg.
32. Comme le relève la majorité (§ 295), la société a tenu la plupart de ses assemblées générales au Luxembourg (devant notaire par procuration). Que l'assemblée générale ne se soit pas réunie certaines années ne me paraît pas avoir de réelle pertinence, dès lors qu'il s'agit d'apprécier une situation d'ensemble. Que les assemblées aient ou non été tenues « régulièrement » (par. 297) me paraît donc dénué de pertinence quant à la compétence du tribunal arbitral. Ce qui compte est que la tenue de la plupart des assemblées au Luxembourg indique que le centre de l'administration était bien situé dans le pays.
33. De même, le fait que neuf réunions du conseil d'administration sur quatorze (§ 310) aient été tenues par voie circulaire ne me paraît pas déterminant. Les statuts de CFHL permettent en effet le vote de résolutions du conseil par voie circulaire. Il n'a pas été allégué que cette disposition des statuts soit nulle en droit luxembourgeois, ou que cette pratique n'était pas admise au Luxembourg à l'époque. Au contraire, le fait que la loi d'août 2016 ait expressément consacré cette pratique indique qu'elle était bien admise antérieurement. Si tel n'avait pas été le cas, les procès-verbaux des réunions du conseil tenues par voie circulaire n'auraient pu être publiés au greffe. Les réunions réalisées par voie circulaire sont donc présumées avoir été régulièrement tenues au siège. La preuve contraire aurait dû être apportée par la défenderesse, ce que cette dernière n'a pas fait. Il ne peut donc être déduit du fait qu'aucune réunion physique du conseil n'aurait été tenue au Luxembourg que la société n'y avait pas son siège réel au regard du droit luxembourgeois.
34. S'agissant de la question du mandat des administrateurs, la majorité constate (§ 318) qu'à la fin de 2010, les mandats des cinq administrateurs de CFHL avaient expiré et que l'assemblée n'avait pas nommé de nouveaux administrateurs. Elle en déduit (§ 326) que la société n'a pas eu de conseil d'administration valablement constitué pendant cette période. La majorité rejette l'argument développé à cet égard par la demanderesse sur le fondement de la jurisprudence de la Cour d'appel du Luxembourg, selon lequel les administrateurs dont le mandat est expiré peuvent de façon provisoire gérer la société, en relevant que cette jurisprudence vise uniquement à la protection des tiers (§ 322). Il me semble cependant que la Cour d'appel du Luxembourg, dans son arrêt du 14 janvier 2009, a jugé que la prorogation provisoire du pouvoir d'administration des administrateurs dont le mandat est expiré vise à permettre à la société de continuer à fonctionner normalement. Il paraît donc excessif de

considérer, comme le fait la majorité, que la société aurait été privée de conseil d'administration entre 2010 et 2014, date de la nomination de Mr Arlette comme administrateur unique en décembre 2014. Pendant cette période, et sur la base de cette jurisprudence, l'organe d'administration a continué à exister provisoirement.

35. Sur la base d'une analyse globale du faisceau d'indices retenu par la majorité, il paraît raisonnable de considérer que la société était suffisamment rattachée au Luxembourg par le lieu de ses assemblées et par la tenue conformément au droit local de la plupart de ses réunions de conseil d'administration. Et ce d'autant plus que la société était bien dotée de bureaux physiques au Luxembourg (soit à travers une société de domiciliation, soit directement), qu'elle y tenait une comptabilité (même si les comptes annuels ont été déposés tardivement), qu'une partie au moins des documents sociaux et comptables étaient conservés au Luxembourg, et qu'elle y a payé des impôts. Ces éléments interdisent selon moi de considérer que la société était privée de tout rattachement au Luxembourg.
36. La majorité considère en réalité que la société se trouvait en sommeil entre 2010 et 2014, et n'aurait entrepris de remettre ses affaires en ordre qu'en perspective du différend l'opposant à la défenderesse, ce qui constituerait un abus de droit (§ 365). Je ne partage pas cette opinion. Dès lors que la société a été créée sans fraude et *in tempore non suspecto*, il ne saurait y avoir d'abus de droit à régulariser des formalités administratives pendant une période postérieure à l'investissement, et ce même si le litige était alors déjà né.

b) Sur l'existence d'un investissement :

37. La majorité parvient à la conclusion que la demanderesse n'a pas prouvé avoir réalisé de contribution substantielle à son propre compte dans la CBC, et qu'en l'absence d'une telle contribution, elle n'a pas non plus encouru un risque en lien avec les transactions. Je ne peux partager cette conclusion.
38. La majorité estime à cet égard « *que la Demanderesse n'a soumis aucune pièce prouvant le paiement du prix pour les actions acquises en 2008 pour un montant d'EUR 8.779.856* » (§ 449). La majorité constate également « *l'absence de preuves relatives au paiement effectif du prix d'achat d'EUR 2.580.615 pour les 67.705 parts de la société Dawney Holdings Limited et d'EUR 296.348 pour les 7.775 parts de M. Leconte* » (§ 451). La majorité relève enfin que « *la Demanderesse n'a pas remboursé les prêts qui lui ont été octroyés par FGH à hauteur de EUR 589.673 et de EUR 3.710.327 en dépit de l'échéance de remboursement au 5 juillet 2012* » (§ 452).
39. La majorité relève cependant que le versement par CFHL à CBC de EUR 4.300.000 au titre d'une convention de compte courant conclue entre CFHL et CBC a bien été prouvé (§ 453). La majorité semble cependant estimer que ce versement ne constituerait pas un apport dès lors que CFHL aurait bénéficié de prêts à hauteur du même montant (soit EUR 589.673 et 3.710.327) consentis par son actionnaire FGH (société Chypriote), elle-même détenue par Mr Fotso, et que ces prêts n'auraient pas été remboursés (§ 452).
40. Il n'en reste cependant pas moins que CFHL a bel et bien versé la somme de EUR 4.300.000 à CBC. Un tel versement constitue sans aucun doute un apport. Que ces fonds correspondent à des prêts consentis à CFHL par son actionnaire ne permet pas d'en nier la réalité. De même, le fait que ces derniers prêts n'aient pas encore été remboursés par CFHL à FGH ne change rien au fait que CFHL se trouve à la fois créancière de CBC et débitrice de FGH, ce qui matérialise une prise de risque certaine. Sans doute les conclusions auxquelles parvient la majorité s'expliquent-elles par la perception que le prêt consenti par FGH à CFHL pourrait ne

jamais être remboursé par cette dernière, en sorte que le risque serait en réalité supporté par FGH et non par CFHL. Il n'existe cependant dans le dossier aucun élément permettant de conclure que ce prêt ne sera pas remboursé, ou que son remboursement ne sera pas exigé par FGH.

41. La demanderesse a, quoi qu'il en soit, également prouvé avoir payé des actions représentant 14,45% du capital de CBC, pour un prix de 3.871.589 Euros. Cette somme constitue aussi un apport. Tout comme le prêt accordé au titre de la convention de compte courant, son versement implique une prise de risque, la demanderesse ne disposant d'aucune garantie de restitution ou de remboursement de cette somme. Ce seul constat devrait selon moi conduire le Tribunal Arbitral à retenir sa compétence pour l'ensemble du litige.
42. La majorité considère néanmoins que ce dernier apport est insuffisant pour établir la preuve d'une contribution et d'une prise de risque. Cette conclusion semble être fondée sur le constat que cette dernière transaction aurait été financée indirectement par Mr Yves-Michel Fotso, par le biais d'une souscription par la société FGH d'une augmentation de capital de la demanderesse.
43. La majorité estime ainsi que « *vu que FGH est l'actionnaire quasiment unique de la Demanderesse, M. Yves-Michel Fotso a été payé avec l'argent de la Demanderesse généré par l'augmentation de capital respectivement l'acquisition de nouvelles parts par FGH* » (§ 455). La majorité en conclut que « *compte tenu de la circularité du prétendu investissement de la Demanderesse consistant dans l'achat de 101.575 actions de la CBC à M. Yves-Michel Fotso, et de l'absence de preuve de contreprestation pour tous les autres éléments allégués du prétendu investissement, le Tribunal Arbitral considère que ces éléments, envisagés de manière globale, ne permettent pas de reconnaître l'existence d'un investissement permettant à la Demanderesse de bénéficier des dispositions procédurales et substantielles du Traité* » (§ 456).
44. Le postulat selon lequel les fonds utilisés pour le paiement de la somme de 3.871.589 Euros auraient été « générés » (§ 455) par le produit d'une augmentation de capital pose d'abord problème. S'agissant de sommes d'argent, rien ne permet d'établir un tel lien. Mais même si tel était le cas, cette circonstance serait privée de pertinence en raison de l'existence des personnalités morales séparées de CFHL et de FGH.
45. L'approche retenue par la majorité revient, en définitive, à ignorer les personnalités juridiques respectives de CFHL (société luxembourgeoise) et de FGH (société chypriote) pour considérer que nous serions en réalité en présence d'un investissement camerounais au Cameroun (c'est-à-dire réalisé par l'actionnaire ultime Mr Fotso), ne pouvant à ce titre bénéficier de la protection du Traité. Un tel raisonnement devrait conduire les arbitres à rechercher systématiquement l'origine ultime des fonds ayant servi à financer l'investissement, ce qui serait une source d'incertitude juridique. Dans le cas d'espèce, il ne me paraît pas conforme au traité bilatéral pour les raisons qui viennent d'être exposées.

Fait à Paris le 31 mai 2017

Alexis Mourre

[SIGNATURE]