



# COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Palais de la Paix, Carnegieplein 2, 2517 KJ La Haye, Pays-Bas  
Tél : +31 (0)70 302 2323 Télécopie : +31 (0)70 364 9928  
Site Internet : www.icj-cij.org

## Résumé

Document non officiel

Résumé 2007/3  
Le 24 mai 2007

### Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)

#### Exceptions préliminaires

#### Résumé de l'arrêt du 24 mai 2007

##### Historique de la procédure et conclusions des Parties (par. 1-12)

La Cour commence par rappeler les différentes étapes de la procédure (l'historique figure dans le communiqué de presse n° 2006/36 du 9 novembre 2006). Elle rappelle également les conclusions finales présentées par les Parties au cours de la procédure orale (voir le communiqué de presse n° 2006/41 du 1<sup>er</sup> décembre 2006).

##### Contexte factuel de l'affaire (par. 13-25)

La Cour indique que les Parties se sont accordées dans leurs écritures sur les faits suivants. M. Ahmadou Sadio Diallo, citoyen guinéen, s'est installé en RDC (dénommée «Congo» de 1960 à 1971, puis «Zaire» de 1971 à 1997) en 1964. En 1974, il y a créé la société d'import/export Africom-Zaire, une société privée à responsabilité limitée (S.P.R.L.) de droit zaïrois, enregistrée au registre du commerce de la ville de Kinshasa, et dont il devint le gérant. En 1979, M. Diallo étendit ses activités en participant, en tant que gérant de la société Africom-Zaire et avec l'appui de deux partenaires privés, à la création d'une nouvelle S.P.R.L. de droit zaïrois spécialisée dans le transport de marchandises par conteneurs. Le capital de cette nouvelle société, dénommée Africontainers-Zaire, était détenu à hauteur de 40 % par M. Zala, de nationalité zaïroise, à hauteur de 30 % par Mme Dewast, de nationalité française, et à hauteur de 30 % par la société Africom-Zaire. Elle fut également enregistrée au registre du commerce de la ville de Kinshasa. En 1980, les deux associés de la société Africom-Zaire dans la société Africontainers-Zaire se retirèrent de cette dernière. Les parts sociales de la société Africontainers-Zaire furent dès lors réparties comme suit : 60 % à la société Africom-Zaire et 40 % à M. Diallo. M. Diallo devint à la même époque le gérant de la société Africontainers-Zaire. Vers la fin des années quatre-vingt, les relations des sociétés Africom-Zaire et Africontainers-Zaire avec leurs partenaires commerciaux commencèrent à se dégrader. Les deux sociétés entreprirent dès ce moment, par l'intermédiaire de leur gérant, M. Diallo, divers recours, y compris judiciaires, pour tenter de recouvrer des créances alléguées. Les différents litiges opposant Africom-Zaire et Africontainers-Zaire à leurs partenaires commerciaux se sont poursuivis tout au long des années quatre-vingt-dix et restent pour l'essentiel non résolus à ce jour. La société Africom-Zaire réclame ainsi à la RDC l'apurement d'une dette (reconnue par la RDC) issue du non-paiement de livraisons de papier-listing à l'Etat zaïrois entre 1983 et 1986. Un autre conflit, relatif à des arriérés ou trop-perçus de loyer, oppose Africom-Zaire à la société Plantation Lever au Zaire («PLZ»). Quant à la société Africontainers-Zaire, elle est en litige avec les sociétés Zaire Fina, Zaire Shell et Zaire Mobil Oil, ainsi qu'avec l'Office national des transports («ONATRA») et la Générale des carrières et des

mines («Gécamines»); ces litiges ont trait, pour l'essentiel, à des violations alléguées de clauses contractuelles d'exclusivité, ainsi qu'au chômage, à l'usage abusif et à la destruction ou la perte de conteneurs.

La Cour estime que les faits suivants sont également établis. Le 31 octobre 1995, le premier ministre zaïrois prit un décret d'expulsion à l'encontre de M. Diallo. Aux termes dudit décret, l'expulsion était motivée par le fait que «la présence et la conduite [de M. Diallo] avaient compromis et continu[ai]ent de compromettre l'ordre public zaïrois, spécialement en matière économique, financière et monétaire». Le 31 janvier 1996, M. Diallo, qui avait fait l'objet d'une arrestation préalable, fut renvoyé du territoire zaïrois et reconduit en Guinée par la voie aérienne. Cet éloignement du territoire zaïrois fut acté et notifié à M. Diallo sous la forme d'un procès-verbal de refoulement pour «séjour irrégulier», établi à l'aéroport de Kinshasa le même jour.

En revanche, la Guinée et la RDC ont maintenu, tout au long de la procédure, des points de vue divergents sur un certain nombre d'autres faits, notamment les circonstances particulières de l'arrestation, de la détention et de l'expulsion de M. Diallo, ainsi que les raisons de celles-ci. La Guinée a soutenu que l'arrestation, la détention et l'expulsion de M. Diallo constituaient l'aboutissement d'une politique de la RDC visant à empêcher M. Diallo de recouvrer les créances dues à ses sociétés. Quant à la RDC, elle a rejeté ces allégations, expliquant que l'expulsion de M. Diallo se justifiait par le fait que sa présence et sa conduite compromettaient l'ordre public zaïrois.

#### Droits dont la Guinée invoque la violation et à l'égard desquels elle entend exercer sa protection diplomatique (par. 26-31)

La Cour constate que la Guinée, outre le fait de réclamer le remboursement des créances dues à M. Diallo et à ses sociétés, entend exercer sa protection diplomatique en faveur de M. Diallo à raison de la violation de trois catégories de droits qui aurait accompagné son arrestation, sa détention et son expulsion, ou en découlerait : ses droits individuels en tant que personne, ses droits propres d'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, et les droits desdites sociétés, par «substitution».

#### Compétence de la Cour (par. 32)

Pour établir la compétence de la Cour, la Guinée invoque les déclarations faites par les Parties en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. La RDC reconnaît que ces déclarations sont suffisantes pour fonder la compétence de la Cour en l'instance. La RDC conteste néanmoins la recevabilité de la requête guinéenne et soulève à cette fin deux exceptions préliminaires. Selon la RDC, la Guinée n'aurait tout d'abord pas qualité pour agir en l'espèce dans la mesure où les droits dont elle cherche à assurer la protection seraient des droits appartenant aux sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, de nationalité congolaise, et non à M. Diallo. La Guinée ne pourrait, ensuite, pas non plus exercer sa protection diplomatique au motif que ni M. Diallo, ni lesdites sociétés n'auraient épuisé les voies de recours ouvertes dans l'ordre juridique interne congolais afin d'obtenir réparation des préjudices dont la Guinée fait état devant la Cour.

#### Question de la recevabilité de la requête en ce qu'elle a trait à la protection des droits de M. Diallo en tant qu'individu (par. 33-48)

La Cour rappelle que selon la RDC, les demandes de la Guinée relatives aux droits de M. Diallo en tant qu'individu ne sont pas recevables car celui-ci «n'[a pas] épuisé les voies de recours internes disponibles et efficaces qui existaient au Zaïre, puis en République démocratique du Congo». La Cour note que la RDC n'a toutefois développé qu'un seul aspect de cette exception au cours de la procédure, à savoir celui de l'expulsion du territoire congolais de M. Diallo. Elle indique qu'à cet égard, la RDC soutient qu'il y avait dans son ordre juridique interne des voies

de recours disponibles et efficaces que M. Diallo aurait dû épuiser, et que l'expulsion de M. Diallo du territoire a été régulière. La RDC reconnaît que le procès-verbal signé par le fonctionnaire du service d'immigration utilise «malencontreusement» le terme «refoulement» au lieu d'«expulsion». Elle ne conteste pas l'affirmation de la Guinée selon laquelle le droit congolais prévoit que les mesures de refoulement ne sont pas susceptibles de recours. La RDC souligne cependant qu'«en dépit de cette erreur, il est incontestable ... qu'il s'agi[ssait] bien d'une expulsion et non de refoulement». Cette qualification de refoulement n'aurait dès lors pas été destinée à priver M. Diallo de recours.

La Guinée rétorque que, s'agissant de l'expulsion du territoire congolais de M. Diallo, il n'existait de voies de recours efficaces ni au Zaïre, ni, plus tard, en RDC, à l'encontre de cette mesure. Elle rappelle que le décret d'expulsion qui frappait M. Diallo a été exécuté par le biais d'une mesure qualifiée de refoulement, ce qui excluait toute possibilité de recours. En outre, selon la Guinée, «[l]es recours administratifs ou autres qui ne sont ni judiciaires ni quasi judiciaires et ont un caractère discrétionnaire ne sont ... pas pris en compte par la règle de l'épuisement des recours internes». La Guinée soutient encore que, quand bien même certaines voies de recours auraient en théorie été ouvertes à M. Diallo dans l'ordre juridique congolais, celles-ci ne lui auraient en tout état de cause offert, à l'époque des faits, aucune possibilité raisonnable de protection car son expulsion avait précisément eu pour but de l'empêcher d'exercer des recours en justice.

La Cour rappelle que, selon le droit international coutumier, la protection diplomatique «consiste en l'invocation par un Etat, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre Etat pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit Etat à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier Etat en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité» (article 1<sup>er</sup> du projet d'articles sur la protection diplomatique adopté par la Commission du droit international (CDI) à sa cinquante-huitième session (2006)). En l'espèce, il appartient à la Cour d'examiner si la Guinée satisfait aux conditions de l'exercice de la protection diplomatique, à savoir si M. Diallo a la nationalité de la Guinée et s'il a épuisé les voies de recours internes disponibles en RDC.

Sur le premier point, la Cour relève qu'il n'est pas contesté par la RDC que M. Diallo a seulement la nationalité guinéenne et qu'il a possédé celle-ci de manière continue de la date du préjudice allégué jusqu'à la date d'introduction de l'instance.

Sur le deuxième point, la Cour observe que, comme elle l'a indiqué dans l'affaire de l'Interhandel (Suisse c. Etats-Unis d'Amérique), «[l]a règle selon laquelle les recours internes doivent être épuisés avant qu'une procédure internationale puisse être engagée est une règle bien établie du droit international coutumier» qui «a été généralement observée dans les cas où un Etat prend fait et cause pour son ressortissant dont les droits auraient été lésés dans un autre Etat en violation du droit international.»

La Cour fait remarquer que les Parties ne remettent pas en cause cette règle, mais qu'elles sont en désaccord sur la question de savoir s'il existait effectivement des recours internes, dans le système juridique congolais, que M. Diallo aurait dû épuiser avant que sa cause ne puisse être endossée par la Guinée devant la Cour. Elle précise qu'en matière de protection diplomatique, c'est au demandeur qu'il incombe de prouver que les voies de recours internes ont bien été épuisées ou d'établir que les circonstances dispensaient la personne prétendument lésée et dont il entend assurer la protection diplomatique d'épuiser les recours internes disponibles. Quant au défendeur, il lui appartient de convaincre la Cour qu'il existait dans son ordre juridique interne des recours efficaces qui n'ont pas été épuisés.

Compte tenu des arguments présentés par les Parties, la Cour limite son examen de la question des voies de recours internes à l'expulsion de M. Diallo. Elle rappelle que, comme cela a été reconnu par les deux Parties et comme le confirme le procès-verbal établi le 31 janvier 1996 par l'agence nationale d'immigration du Zaïre, cette expulsion, au moment de son exécution, a été

qualifiée de mesure de «refoulement». Or, il apparaît que les mesures de refoulement ne sont pas susceptibles de recours en droit congolais. L'article 13 de l'ordonnance-loi n° 83-033 du 12 septembre 1983, relative à la police des étrangers, spécifie en effet expressément que la «mesure [de refoulement] est sans recours». La Cour estime que la RDC ne saurait aujourd'hui se prévaloir du fait qu'une erreur aurait été commise par ses services administratifs au moment du «refoulement» de M. Diallo pour prétendre que celui-ci aurait dû traiter cette mesure comme une expulsion. M. Diallo, en tant que destinataire de la mesure de refoulement, était autorisé à tirer les conséquences de la qualification juridique ainsi donnée par les autorités zaïroises, et ce y compris au regard de la règle de l'épuisement des voies de recours internes.

La Cour observe en outre que, quand bien même il se serait agi en l'occurrence d'une expulsion et non d'un refoulement, la RDC n'a pas davantage démontré l'existence dans son droit interne de voies de recours ouvertes contre les mesures d'expulsions. La RDC a bien invoqué la possibilité d'une demande de reconsidération auprès de l'autorité administrative compétente. La Cour rappelle néanmoins que si les recours internes qui doivent être épuisés comprennent tous les recours de nature juridique, aussi bien les recours judiciaires que les recours devant des instances administratives, les recours administratifs ne peuvent être pris en considération aux fins de la règle de l'épuisement des voies de recours internes que dans la mesure où ils visent à faire valoir un droit et non à obtenir une faveur, à moins qu'ils ne soient une condition préalable essentielle à la recevabilité de la procédure contentieuse ultérieure. En l'espèce, la possibilité pour M. Diallo d'introduire une demande de reconsidération de la mesure d'expulsion auprès de l'autorité administrative qui l'avait prise — c'est-à-dire le premier ministre — dans l'espoir que celui-ci revienne sur sa décision à titre gracieux, ne saurait donc être considérée comme constituant une voie de recours interne à épuiser.

Ayant établi que la RDC n'a pas démontré qu'il existait dans son ordre juridique interne des voies de recours disponibles et efficaces qui auraient permis à M. Diallo de contester son expulsion, la Cour conclut que l'exception d'irrecevabilité soulevée par la RDC à raison du non-épuisement des voies de recours internes ne saurait être accueillie en ce qui concerne cette expulsion.

Question de la recevabilité de la requête en ce qu'elle a trait à la protection des droits propres de M. Diallo en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre (par. 49-75)

La Cour indique que la RDC soulève deux exceptions d'irrecevabilité au regard de ce volet de la requête : la RDC conteste la qualité pour agir de la Guinée, et elle avance que M. Diallo n'a pas épuisé les voies de recours internes qui lui étaient ouvertes en RDC pour faire valoir ces droits. La Cour traite de ces exceptions tour à tour.

— Qualité de la Guinée pour agir (par. 50-67)

La RDC reconnaît l'existence, en droit international, d'un droit de l'Etat national des associés ou des actionnaires d'une société d'exercer, en leur faveur, une action en protection diplomatique lorsqu'il y a une atteinte à leurs droits propres en tant que tels. Elle soutient néanmoins que «le droit international n'admet [cette] protection ... que dans des conditions très restrictives qui ne sont pas rencontrées dans l'espèce». La RDC affirme d'abord que la Guinée ne cherche pas, en l'instance, à protéger les droits propres de M. Diallo en tant qu'associé, mais qu'elle assimile une violation des droits des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre à une violation des droits de M. Diallo. La RDC fait aussi valoir que l'action en protection des droits propres des actionnaires en tant que tels ne vise que des hypothèses très limitées et, s'appuyant sur l'arrêt de la Cour en l'affaire de la Barcelona Traction, affirme que les seuls actes susceptibles de violer ces droits seraient «des actes d'ingérence dans les relations entre la société et ses actionnaires». Pour la RDC, l'arrestation, la détention et l'expulsion de M. Diallo n'ont pu constituer des actes d'ingérence de sa part dans les relations entre l'associé Diallo et les sociétés

Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre. Elles n'ont pu, en conséquence, porter atteinte aux droits propres de M. Diallo. La RDC explique ainsi que M. Diallo aurait très bien pu exercer ses droits à partir d'un territoire étranger et qu'il aurait pu déléguer ses tâches à des administrateurs locaux.

La Guinée se réfère également à l'arrêt rendu en l'affaire de la Barcelona Traction, dans lequel la Cour, après avoir statué que «des actes qui ne visent et n'atteignent que les droits de la société n'impliquent aucune responsabilité à l'égard des actionnaires même si leurs intérêts en souffrent», a ajouté que «[l]a situation est différente si les actes incriminés sont dirigés contre les droits propres des actionnaires en tant que tels». Elle souligne que cette position de la Cour a été reprise à l'article 12 du projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique. La Guinée fait remarquer que, dans les S.P.R.L., les parts sociales «ne sont pas librement transmissibles», ce qui «accentue considérablement le caractère intuitu personae de ces sociétés», et souligne que ce caractère aurait été encore plus marqué pour les sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre dans la mesure où M. Diallo se serait retrouvé être «[l']unique gérant et [le] seul associé (directement et indirectement)» de celles-ci. Selon la Guinée, «en fait comme en droit, il était à peu près impossible de distinguer M. Diallo de ses sociétés», et l'arrestation, la détention et l'expulsion de M. Diallo ont non seulement eu pour effet «de l'empêcher de continuer à administrer, à gérer et à contrôler toutes les opérations» de ses sociétés, mais ont précisément été motivées par la volonté de l'empêcher d'exercer ces droits, de poursuivre les actions en justice initiées pour lesdites sociétés et de récupérer, ce faisant, leurs créances. La Guinée soutient enfin que, contrairement à ce que prétend la RDC, M. Diallo ne pouvait exercer ses droits propres d'actionnaire associé valablement depuis son pays d'origine.

Constatant que les Parties se sont référées à l'affaire de la Barcelona Traction, la Cour rappelle qu'il s'agissait là d'une société anonyme dont le capital était représenté par des actions, mais qu'en l'espèce, il est question de S.P.R.L. dont le capital est composé de parts sociales. La Cour, s'appuyant sur le droit interne congolais, s'attache ensuite à préciser la nature juridique des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre. Elle dit que le droit congolais attribue à la S.P.R.L. une personnalité juridique indépendante et distincte de celle des associés, notamment en ce que le patrimoine des associés est complètement séparé de celui de la société, et que ceux-ci ne sont responsables des dettes de la société qu'à hauteur de leur apport à celle-ci. Il en découle que les créances et les dettes de la société à l'égard des tiers relèvent respectivement des droits et des obligations de celle-ci.

La Cour rappelle que l'exercice par un Etat de la protection diplomatique d'une personne physique ou morale de sa nationalité, qui est associé ou actionnaire, vise à mettre en cause la responsabilité d'un autre Etat pour un préjudice causé à cette personne par un acte internationalement illicite dudit Etat. Dans le cas de l'associé ou de l'actionnaire, cet acte revient à la violation par l'Etat défendeur des droits propres de celui-ci dans sa relation avec la personne morale, droits propres qui sont définis par le droit interne de cet Etat. Ainsi entendue, la protection diplomatique des droits propres des associés d'une S.P.R.L. ou des actionnaires d'une société anonyme ne doit pas être considérée comme une exception au régime juridique général de la protection diplomatique des personnes physiques ou morales, tel qu'il découle du droit international coutumier.

Ayant examiné les arguments des Parties, la Cour constate qu'en l'espèce, la Guinée a bien qualité pour agir dans la mesure où son action concerne une personne ayant sa nationalité, M. Diallo, et qu'elle est dirigée contre des actes prétendument illicites de la RDC qui auraient porté atteinte aux droits de cette personne, en particulier ses droits propres en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre. La Cour relève que M. Diallo, qui avait la qualité d'associé des deux sociétés, exerçait également les fonctions de gérant pour chacune d'entre elles. L'associé d'une S.P.R.L. est le détenteur de parts sociales dans le capital de celle-ci ; le gérant est, quant à lui, un organe de la société, qui agit en son nom.

La Cour conclut de ce qui précède que l'exception d'irrecevabilité soulevée par la RDC à raison de l'absence de qualité de la Guinée pour agir en protection de M. Diallo ne saurait être accueillie en ce qu'elle a trait aux droits propres de celui-ci en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre.

— Non-épuisement des recours internes (par. 68-75)

La RDC prétend en outre que la Guinée ne peut exercer sa protection diplomatique pour la violation des droits propres de M. Diallo en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre dans la mesure où celui-ci n'a pas tenté d'épuiser les voies de recours internes disponibles en droit congolais contre la violation alléguée de ces droits spécifiques. Elle soutient à cet égard que «l'absence de M. Diallo du territoire congolais ne constituait pas un obstacle [en droit congolais] à la poursuite des procédures déjà entamées quand il était ... au Congo», ou au déclenchement de nouvelles procédures, et que M. Diallo aurait pu mandater des représentants à cette fin. La RDC soutient encore que les voies de recours existantes dans l'ordre juridique congolais sont efficaces.

La Guinée allègue, pour sa part, que «l'Etat congolais a délibérément choisi de refuser l'accès à son territoire à M. Diallo en raison des actions en justice qu'il y avait engagées au nom de ses sociétés». Elle maintient que, «[d]ans ce contexte, reprocher à M. Diallo de ne pas avoir épuisé les recours serait non seulement manifestement «déraisonnable» et «injuste», mais aussi un détournement de la règle de l'épuisement des recours internes». Selon la Guinée, les conditions de l'expulsion de M. Diallo ont en outre empêché ce dernier d'exercer des recours internes pour son compte ou pour ses sociétés. La Guinée insiste enfin sur le fait que les recours existants dans l'ordre juridique congolais sont inefficaces, notamment en raison de délais abusifs, de «pratiques administratives illicites» et du fait que «l'exécution des décisions de justice dépendait [à l'époque des faits] exclusivement du bon vouloir du gouvernement».

La Cour note que la violation alléguée des droits propres de M. Diallo en tant qu'associé a été traitée par la Guinée comme une conséquence directe de son expulsion. Or, la Cour a déjà constaté que la RDC n'a pas démontré qu'il existait, en droit congolais, des voies de recours efficaces contre cette mesure d'expulsion. La Cour relève par ailleurs que, à aucun moment, la RDC n'a indiqué qu'il existait dans l'ordre juridique congolais des voies de recours contre les violations alléguées des droits propres de M. Diallo en tant qu'associé, qui auraient été distinctes de celles relatives à son expulsion, et qu'il aurait dû épuiser. Selon la Cour, les Parties ont bien consacré certains développements à la question de l'efficacité des recours internes en RDC, mais elles se sont limitées, ce faisant, à l'examen des recours ouverts aux sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, sans aborder ceux éventuellement ouverts à M. Diallo en tant qu'associé de ces sociétés. Dans la mesure où il n'a pas été avancé qu'il existait des voies recours internes que M. Diallo aurait dû épuiser en ce qui concerne ses droits propres en tant qu'associé, la question de l'efficacité de ces voies de recours, en tout état de cause, ne se pose pas.

La Cour en conclut donc que l'exception d'irrecevabilité soulevée par la RDC à raison du non-épuisement des recours internes contre les atteintes alléguées aux droits propres de M. Diallo en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre ne saurait être accueillie.

Question de la recevabilité de la requête en ce qu'elle vise l'exercice de la protection diplomatique en faveur de M. Diallo «par substitution» aux sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre (par. 76-95)

La Cour relève que la RDC soulève à nouveau deux exceptions à la recevabilité de la requête de la Guinée, tirées respectivement de l'absence de qualité pour agir du demandeur et du non-épuisement des voies de recours internes. La Cour traite de ces questions l'une après l'autre.

— Qualité de la Guinée pour agir (par. 77-94)

La RDC soutient que la Guinée ne peut invoquer «des «considérations d'équité» pour justifier «le droit d'exercer sa protection diplomatique [au profit de M. Diallo, et par substitution aux sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre,] indépendamment de la violation des droits propres [de M. Diallo]»», au motif que l'Etat dont la responsabilité est en cause serait l'Etat national desdites sociétés. Une telle protection diplomatique «par substitution» irait, selon la RDC, «bien au-delà de ce que prévoit le droit international positif» ; ni la jurisprudence de la Cour, ni la pratique des Etats ne consacrent cette hypothèse. La RDC va même jusqu'à affirmer que la Guinée demanderait en réalité à la Cour de l'autoriser à exercer sa protection diplomatique de manière contraire au droit international. Elle indique à ce sujet que la Cour devrait écarter tout recours à l'équité contra legem. La RDC fait encore valoir que la Guinée n'a pas démontré qu'une protection de l'actionnaire «par substitution» à la société qui possède la nationalité de l'Etat défendeur se justifierait en l'espèce. Selon la RDC, une telle protection mènerait à un régime de protection discriminatoire car elle aboutirait à une inégalité de traitement des actionnaires. La RDC soutient enfin que l'application d'une protection «par substitution» au cas de M. Diallo serait «fondamentalement inéquitable», compte tenu de la personnalité et du comportement de ce dernier, qui sont «loin d'être irréprochables».

La Guinée fait observer de son côté qu'elle ne demande pas à la Cour de recourir à l'équité contra legem, mais qu'elle soutient plutôt que, dans l'affaire de la Barcelona Traction, la Cour a évoqué dans un dictum la possibilité d'une exception, fondée sur des raisons d'équité, à la règle générale de la protection d'une société par l'Etat national de celle-ci, «lorsque l'Etat dont la responsabilité est en cause est l'Etat national de la société». La Guinée fait valoir que l'existence de la règle de la protection par substitution et son caractère coutumier sont confirmés par de nombreuses sentences arbitrales. En outre, selon elle, la «pratique ultérieure [à l'arrêt de la Barcelona Traction], conventionnelle ou jurisprudentielle ... [aurait] dissipé toute incertitude ... sur la positivité de l'«exception»». La Guinée prétend enfin que l'application de la protection par substitution s'imposerait tout spécialement dans le cas d'espèce car les sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre sont des S.P.R.L. qui présentent un caractère intuitu personae marqué et qui sont, pour le surplus, statutairement contrôlées et dirigées par une seule et unique personne. Elle relève par ailleurs et surtout que M. Diallo était tenu, en vertu de la législation zaïroise, de constituer les sociétés au Zaïre.

La Cour rappelle qu'en matière de protection diplomatique, le principe, tel qu'il a été souligné dans l'affaire de la Barcelona Traction, est que : «La responsabilité n'est pas engagée si un simple intérêt est touché ; elle ne l'est que si un droit est violé, de sorte que des actes qui ne visent et n'atteignent que les droits de la société n'impliquent aucune responsabilité à l'égard des actionnaires même si leurs intérêts en souffrent.» (C.I.J. Recueil 1970, p. 36, par. 46). Depuis son dictum dans l'affaire susmentionnée, la Cour indique qu'elle n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la question de savoir s'il existe bien, en droit international, une exception à la règle générale «selon laquelle le droit de protection diplomatique d'une société revient à son Etat national», exception qui autoriserait une protection des actionnaires par leur propre Etat national «par substitution», et quelle en serait la portée. Elle fait remarquer que dans l'affaire de l'Elettronica S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie), la Chambre de la Cour a certes admis un recours des Etats-Unis en faveur de deux sociétés américaines détenant 100 % des actions d'une société italienne, relativement à des actes attribués aux autorités italiennes et dont il était prétendu qu'ils avaient porté atteinte aux droits de ladite société. La Cour rappelle cependant que la Chambre s'est fondée à cet effet, non sur le droit international coutumier, mais sur un traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les deux pays, qui octroyait directement à leurs ressortissants, sociétés et associations certains droits relatifs à la participation de ceux-ci dans des sociétés et associations de la nationalité de l'autre Etat.

La Cour vérifie si l'exception invoquée par la Guinée est consacrée en droit coutumier. Elle constate que le rôle de la protection diplomatique en droit international contemporain s'est estompé, celle-ci n'étant en pratique appelée à intervenir que dans les rares cas où les régimes conventionnels n'existent pas ou se sont révélés inopérants. La théorie de la protection par substitution vise en effet, selon la Cour, à offrir une protection aux actionnaires étrangers d'une société qui ne pourraient pas invoquer le bénéfice d'un accord international, et auxquels aucun autre recours ne serait ouvert, dans la mesure où les actes prétendument illicites auraient été commis à l'encontre de la société par l'Etat de la nationalité de celle-ci. La protection par «substitution» constituerait donc le tout dernier recours pour la protection des investissements étrangers. Ayant examiné la pratique des Etats et les décisions des cours et tribunaux internationaux, elle dit qu'elles ne révèlent pas — du moins à l'heure actuelle — l'existence en droit international coutumier d'une exception permettant une protection par substitution telle qu'invoquée par la Guinée. La Cour ajoute que le fait, dont se prévaut la Guinée, que différents accords internationaux aient institué des régimes juridiques spécifiques en matière de protection des investissements, ou encore qu'il soit courant d'inclure des dispositions à cet effet dans les contrats conclus directement entre Etats et investisseurs étrangers, ne suffit pas à démontrer que les règles coutumières de protection diplomatique auraient changé ; il pourrait tout aussi bien se comprendre dans le sens contraire.

La Cour se penche encore sur la question de savoir s'il existe en droit international coutumier une règle de protection par substitution de portée plus limitée, telle que celle formulée par la CDI dans son projet d'articles sur la protection diplomatique, qui ne trouverait à s'appliquer que lorsque la constitution d'une société dans l'Etat auteur de la violation alléguée du droit international «était une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans le même Etat» (art. 11, par. b)). Ce cas de figure bien particulier ne semble pas, de l'avis de la Cour, correspondre à celui auquel elle a affaire dans le cas d'espèce. La Cour note qu'il apparaît que les sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre ont été créées naturellement au Zaïre et inscrites au registre du commerce de la ville de Kinshasa par M. Diallo, qui s'était installé dans le pays en 1964. De surcroît et surtout, il n'a pas été établi à suffisance que leur constitution dans ce pays, en tant que personnes morales de nationalité congolaise, aurait été exigée de leurs fondateurs pour que ceux-ci puissent opérer dans les secteurs économiques concernés. La Cour en conclut que les deux sociétés n'ont pas été constituées de manière telle qu'elles rentreraient dans le champ d'application d'une protection par substitution au sens de l'article 11, paragraphe b), du projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique. Dès lors, la question de savoir si ce paragraphe de l'article 11 reflète ou non le droit international coutumier ne se pose pas en l'espèce.

La Cour ne saurait accepter la prétention de la Guinée à exercer une protection diplomatique par substitution. C'est donc la règle normale de la nationalité des réclamations qui régit la question de la protection diplomatique à l'égard des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre. Or ces sociétés possèdent la nationalité congolaise.

L'exception d'irrecevabilité soulevée par la RDC à raison de l'absence de qualité de la Guinée pour agir en protection diplomatique de M. Diallo pour les prétendus actes illicites de la RDC dirigés contre les droits des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre est par conséquent fondée et doit être retenue.

— Non-épuisement des recours internes (par. 95)

Ayant conclu que la Guinée n'avait pas qualité pour agir en protection diplomatique de M. Diallo pour les prétendus actes illicites de la RDC dirigés contre les droits des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, la Cour n'a pas à examiner plus avant l'exception soulevée par la RDC à raison de l'absence d'épuisement des voies de recours internes.

Conclusions de la Cour (par. 96)

La Cour conclut de ce qui précède que la requête de la Guinée est recevable en ce qu'elle a trait à la protection des droits de M. Diallo en tant qu'individu et de ses droits propres en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre.

Suite de la procédure (par. 97)

La Cour précise que, conformément au paragraphe 7 de l'article 79 du Règlement dans sa version adoptée le 14 avril 1978, elle fixera ultérieurement par voie d'ordonnance les délais pour la suite de la procédure.

Dispositif (par. 98)

«Par ces motifs,

LA COUR,

1) Quant à l'exception préliminaire d'irrecevabilité soulevée par le République démocratique du Congo à raison de l'absence de qualité de la République de Guinée pour agir en protection diplomatique en l'espèce :

a) à l'unanimité,

Rejette ladite exception en ce qu'elle a trait à la protection des droits propres de M. Diallo en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre ;

b) par quatorze voix contre une,

Retient ladite exception en ce qu'elle a trait à la protection de M. Diallo pour les atteintes alléguées aux droits des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre ;

POUR : Mme Higgins, président ; M. Al-Khasawneh, vice-président ; MM. Ranjeva, Shi, Koroma, Buergenthal, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, juges ; M. Mampuya, juge ad hoc ;

CONTRE : M. Mahiou, juge ad hoc ;

2) Quant à l'exception préliminaire d'irrecevabilité soulevée par la République démocratique du Congo à raison du non-épuisement par M. Diallo des voies de recours internes :

a) à l'unanimité,

Rejette ladite exception en ce qu'elle a trait à la protection des droits de M. Diallo en tant qu'individu ;

b) par quatorze voix contre une,

Rejette ladite exception en ce qu'elle a trait à la protection des droits propres de M. Diallo en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre ;

POUR : Mme Higgins, président ; M. Al-Khasawneh, vice-président ; MM. Ranjeva, Shi, Koroma, Buergenthal, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, juges ; M. Mahiou, juge ad hoc ;

CONTRE : M. Mampuya, juge ad hoc ;

3) En conséquence,

a) à l'unanimité,

Déclare la requête de la République de Guinée recevable en ce qu'elle a trait à la protection des droits de M. Diallo en tant qu'individu ;

b) par quatorze voix contre une,

Déclare la requête de la République de Guinée recevable en ce qu'elle a trait à la protection des droits propres de M. Diallo en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre ;

POUR : Mme Higgins, président ; M. Al-Khasawneh, vice-président ; MM. Ranjeva, Shi, Koroma, Buergenthal, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, juges ; M. Mahiou, juge ad hoc ;

CONTRE : M. Mampuya, juge ad hoc ;

c) par quatorze voix contre une,

Déclare la requête de la République de Guinée irrecevable en ce qu'elle a trait à la protection de M. Diallo pour les atteintes alléguées aux droits des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre.

POUR : Mme Higgins, président ; M. Al-Khasawneh, vice-président ; MM. Ranjeva, Shi, Koroma, Buergenthal, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, juges ; M. Mampuya, juge ad hoc ;

CONTRE : M. Mahiou, juge ad hoc.»

\*

M. le juge ad hoc MAHIOU joint une déclaration à l'arrêt ; M. le juge ad hoc MAMPUYA joint à l'arrêt l'exposé de son opinion individuelle.

---

### **Déclaration de M. le juge ad hoc Mahiou**

Après avoir déclaré recevable la requête de la Guinée dans la mesure où elle tend à protéger, d'une part, les droits de M. Diallo en tant qu'individu et, d'autre part, ses droits propres en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, la Cour déclare irrecevable la requête tendant à la protection de M. Diallo pour les atteintes alléguées aux droits desdites sociétés. Pour rejeter cette dernière requête, la Cour se fonde sur l'approche formulée par la Commission du droit international (CDI) dans son projet d'articles relatif à la protection diplomatique qu'elle reprend dans les paragraphes 88 et 91 de l'arrêt. Toutefois, après avoir ainsi exposé et, semble-t-il, admis cette approche de la protection diplomatique, la Cour considère qu'elle ne s'applique pas en l'espèce. En effet, après avoir constaté que la première condition est satisfaite — puisque les deux sociétés en cause ont bien la nationalité de l'Etat congolais, auteur des actes illicites — elle estime que la seconde condition n'est pas satisfaite, puisque cette nationalité résulte d'un libre choix de leur propriétaire et non d'une exigence du droit local pour que la protection diplomatique puisse être invoquée.

Certes, le choix de la nationalité congolaise a été fait par M. Diallo, mais il apparaît contestable de conclure que c'est un libre choix comme le fait la Cour dans le paragraphe 92 de l'arrêt. La liberté de choix est plus une apparence qu'une réalité lorsque l'on analyse le droit congolais qui impose d'avoir à la fois le siège administratif et social au Congo dès lors que le principal siège d'exploitation est situé dans ce pays, faute de quoi les deux sociétés seraient rayées d'office du registre du commerce, ce qui les empêcherait d'exister ou d'avoir des activités au Congo. Par conséquent, en raison de cette situation de fait et de droit, cette affaire se situe dans la perspective de l'article 11 b) du projet de la CDI correspondant à la situation où il serait légitime que le droit à la protection diplomatique de l'Etat de nationalité des actionnaires puisse jouer si des mesures préjudiciables sont prises par l'Etat contre la société ayant sa nationalité.

Par ailleurs, il convient de noter que l'une des deux sociétés, la société Africom-Zaïre, aurait disparu du fait des agissements des autorités congolaises. Si cela devait se confirmer, il en résulterait une situation nouvelle où il n'y aurait plus de possibilité pour cette société de faire valoir directement ses droits et cela priverait son actionnaire unique, M. Diallo, de tout recours si on lui refusait le bénéfice de la protection diplomatique. Je pense donc que la Cour aurait dû se préoccuper davantage de cette situation afin de sauvegarder les droits et intérêts de l'actionnaire unique de cette société.

### **Opinion individuelle de M. le juge ad hoc Mampuya**

Dans cette affaire opposant la Guinée à la République démocratique du Congo, tout en adhérant globalement aux conclusions de la Cour concernant la recevabilité de la requête guinéenne, j'exprime des réserves sur certains aspects de la démarche suivie dans l'arrêt ainsi que sur des questions annexes à la recevabilité de la requête sur la protection des droits propres du ressortissant guinéen en tant qu'associé des deux sociétés congolaises.

Je partage le dispositif principal de l'arrêt lorsqu'il déclare recevable la requête de la Guinée en ce qu'elle vise les droits propres de son ressortissant comme individu et la déclare irrecevable en ce qu'elle visait aussi les droits des sociétés non guinéennes.

Cependant, il m'a semblé en fait, qu'alors que l'examen de la jurisprudence de la Cour rend compte de l'exigence que l'objet de sa demande doit être présenté «dans les conditions de précision et de clarté correspondant aux exigences d'une bonne administration de la justice», la requête guinéenne n'était pas libellée en des termes suffisamment clairs pour en circonscrire l'objet, les

circonstances de son dépôt expliquant pourquoi la Guinée a, du début à la fin de la procédure, oscillé entre, d'une part, la protection des deux sociétés contrôlées par son ressortissant M. Diallo mais qui sont de nationalité congolaise, dont les créances apparaissent clairement comme étant l'objet réel de la requête, et, d'autre part, la protection de M. Diallo dans ses droits propres comme individu et comme associé. Je crois que, pour obscuri libelli, sinon pour défaut de qualité, la recevabilité de la requête guinéenne est pour le moins problématique. Par ailleurs, en retenant comme objet de la requête les droits propres de M. Diallo, choisissant ce différend artificiel au lieu du réel, la Cour reçoit des réclamations privées toutes nouvelles, jusque là inconnues des autorités congolaises et non constitutives par elles-mêmes d'un différend né directement dans les rapports entre la Guinée et la République démocratique du Congo, sans vérifier, contrairement à toute sa jurisprudence antérieure, si le litige privé de M. Diallo avait donné naissance à un différend international entre les deux Etats qui pourrait être soumis à la Cour, celle-ci ne connaissant que de différends internationaux et non de simples faits même s'ils peuvent être internationalement illicites. Enfin, si le droit d'agir de la Guinée concernant les droits propres de son ressortissant en tant qu'associé est incontestable, je n'ai pas adhéré à la conclusion selon laquelle, la RDC n'ayant pas démontré qu'il existait des voies de recours contre la mesure d'expulsion, il n'y en aurait pas non plus contre les violations alléguées de ces droits propres d'associé, traitées comme une conséquence directe de cette expulsion. C'est la raison pour laquelle, après avoir admis la qualité pour agir de la Guinée, notamment pour violation alléguée des droits de l'homme, je ne me suis pas joint à la majorité sur la partie du dispositif qui rejette, pour le raisonnement exposé ici, l'exception préliminaire congolaise de non-épuisement des voies de recours internes concernant les droits propres d'associé.

---