

CR 2006/53

**Cour internationale  
de Justice**

**LA HAYE**

**International Court  
of Justice**

**THE HAGUE**

**ANNÉE 2006**

*Audience publique*

*tenue le vendredi 1<sup>er</sup> décembre 2006, à 10 heures, au Palais de la Paix,*

*sous la présidence de Mme Higgins, président,*

*en l'affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c.  
République démocratique du Congo)*

---

**COMPTE RENDU**

---

**YEAR 2006**

*Public sitting*

*held on Friday 1 December 2006, at 10 a.m., at the Peace Palace,*

*President Higgins presiding,*

*in the case concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v.  
Democratic Republic of the Congo)*

---

**VERBATIM RECORD**

---

*Présents* : Mme Higgins, président  
M. Al-Khasawneh, vice-président  
MM. Ranjeva  
Shi  
Koroma  
Buergenthal  
Owada  
Simma  
Tomka  
Abraham  
Keith  
Bennouna  
Skotnikov  
MM. Mahiou,  
Mampuya, juges *ad hoc*  
  
M. Couvreur, greffier

*Present:*      President Higgins  
                 Vice-President Al-Khasawneh  
                 Judges Ranjeva  
                                 Shi  
                                 Koroma  
                                 Buergenthal  
                                 Owada  
                                 Simma  
                                 Tomka  
                                 Abraham  
                                 Keith  
                                 Bennouna  
                                 Skotnikov  
Judges *ad hoc* Mahiou  
                                 Mampuya  
  
                 Registrar Couvreur

***Le Gouvernement de la République de Guinée est représentée par :***

M. Mohamed Camara, chargé d'affaires par intérim de la République de Guinée à Bruxelles,

*comme agent ;*

M. Alain Pellet, professeur à l'Université de Paris X-Nanterre ; membre et ancien président de la Commission du droit international des Nations Unies,

*comme agent adjoint, conseil et avocat ;*

M. Mathias Forteau, professeur à l'Université Lille 2,

M. Jean-Marc Thouvenin, professeur à l'Université de Paris X-Nanterre, avocat à la cour de Paris, cabinet Sygna Partners,

M. Samuel Wordsworth, membre du barreau d'Angleterre, Essex Court Chambers, avocat à la cour de Paris,

*comme conseils et avocats ;*

M. Daniel Müller, chercheur au Centre de droit international de Nanterre (CEDIN), Université de Paris X-Nanterre,

M. Luke Vidal, avocat à la cour de Paris, cabinet Sygna Partners,

*comme conseillers.*

***Le Gouvernement de la République démocratique du Congo est représenté par :***

S. Exc. M. Pierre Ilunga M'Bundu wa Biloba, ministre de la justice et garde des sceaux de la République démocratique du Congo,

*comme chef de la délégation ;*

S. Exc. M. Jacques Masangu-a-Mwanza, ambassadeur extraordinaire et plénipotentiaire de la République démocratique du Congo auprès du Royaume des Pays-Bas,

*comme agent ;*

M<sup>e</sup> Tshibangu Kalala, député national au Parlement congolais, avocat aux barreaux de Kinshasa et de Bruxelles, cabinet Tshibangu et associés,

*comme coagent, conseil et avocat ;*

M. André Mazyambo Makengo Kisala, professeur de droit international à l'Université de Kinshasa,

*comme conseil et avocat ;*

M. Yenyi Olungu, premier avocat général de la République, directeur de cabinet du ministre de la justice et garde des sceaux,

M. Victor Musompo Kasongo, secrétaire particulier du ministre de la justice et garde des sceaux,

***The Government of the Republic of Guinea is represented by:***

Mr. Mohamed Camara, Chargé d'affaires a.i. at the Embassy of the Republic of Guinea, Brussels,

*as Agent;*

Mr. Alain Pellet, Professor at the University of Paris X-Nanterre, Member and former Chairman of the International Law Commission of the United Nations,

*as Deputy Agent, Counsel and Advocate;*

Mr. Mathias Forteau, Professor at the University of Lille 2,

Mr. Jean-Marc Thouvenin, Professor at the University of Paris X-Nanterre, *Avocat à la cour de Paris*, Sygna Partners,

Mr. Samuel Wordsworth, Member of the English Bar, Essex Court Chambers, *Avocat à la cour de Paris*,

*as Counsel and Advocates;*

Mr. Daniel Müller, Researcher at the Centre de droit international de Nanterre (CEDIN), University of Paris X-Nanterre,

Mr. Luke Vidal, *Avocat à la cour de Paris*, Sygna Partners,

*as Advisers.*

***The Government of the Democratic Republic of the Congo is represented by:***

H.E. Mr. Pierre Ilunga M'Bundu wa Biloba, Minister of Justice and Keeper of the Seals, Democratic Republic of the Congo,

*as Head of Delegation;*

H.E. Mr. Jacques Masangu-a-Mwanza, Ambassador Extraordinary and Plenipotentiary of the Democratic Republic of the Congo to the Kingdom of the Netherlands,

*as Agent;*

Maitre Tshibangu Kalala, Deputy, Congolese Parliament, member of the Kinshasa and Brussels Bars, Tshibangu et Associés,

*as Co-Agent, Counsel and Advocate;*

Mr. André Mazyambo Makengo Kisala, Professor of International Law, University of Kinshasa,

*as Counsel and Advocate;*

Mr. Yenyi Olungu, Principal Advocate-General of the Republic, Principal Private Secretary to the Minister of Justice and Keeper of the Seals,

Mr. Victor Musompo Kasongo, Private Secretary to the Minister of Justice and Keeper of the Seals,

M. Nsingi-zi-Mayemba, ministre conseiller à l'ambassade de la République démocratique du Congo aux Pays-Bas,

M. Bamana Kalonji Jerry, deuxième conseiller à l'ambassade de la République démocratique du Congo aux Pays-Bas,

M<sup>e</sup> Kikangala Ngoie, avocat au barreau de Bruxelles,

*comme conseillers ;*

M<sup>e</sup> Kadima Mukadi, avocat au barreau de Kinshasa, cabinet Tshibangu et associés,

M. Lufulwabo Tshimpangila, avocat au barreau de Bruxelles,

M. Tshibwabwa Mbuyi, avocat au barreau de Bruxelles,

*comme assistants de recherche ;*

Mme Ngoya Tshibangu, collaboratrice au cabinet Kikangala et associés, barreau de Bruxelles,

*comme assistante.*

Mr. Nsingi-zi-Mayemba, Minister-Counsellor, Embassy of the Democratic Republic of the Congo in the Netherlands,

Mr. Bamana Kalonji Jerry, Second Counsellor, Embassy of the Democratic Republic of the Congo in the Netherlands,

Maître Kikangala Ngoie, member of the Brussels Bar,

*as Advisers;*

Maître Kadima Mukadi, member of the Kinshasa Bar, Tshibangu et Associés,

Mr. Lufulwabo Tshimpangila, member of the Brussels Bar,

Mr. Tshibwabwa Mbuyi, member of the Brussels Bar,

*as Research Assistants;*

Ms Ngoya Tshibangu, Associate, Kikangala et Associés, Brussels Bar,

*as Assistant.*

The PRESIDENT: Please be seated. The sitting is open. The Court meets today for the second round of oral argument of the Republic of Guinea.

I believe I am now to give the floor to Professor Forteau.

M. FORTEAU : Merci, Madame le président.

## I. LES FAITS

1. Madame le président, Messieurs les juges, la République de Guinée répondra aujourd'hui au second tour de plaidoiries de la République démocratique du Congo en cinq temps : je commencerai par rappeler les faits qui divisent les Parties, avant que le professeur Jean-Marc Thouvenin revienne sur la question de l'épuisement des voies de recours internes, M<sup>e</sup> Sam Wordsworth sur les droits de M. Diallo et le professeur Alain Pellet sur la protection par substitution des sociétés de M. Diallo. L'agent de la Guinée prononcera, enfin, les conclusions de l'Etat demandeur.

2. Madame le président, mon exposé sur les faits me conduira à développer deux points successivement : en réponse à M<sup>e</sup> Kalala, je dirai d'abord quelques mots des sociétés de M. Diallo, ce qui me permettra de réagir au nouveau document produit mercredi par le Congo et de répondre également à la question posée mardi par M. le juge Bennouna ; je reviendrai ensuite sur les conditions dans lesquelles M. Diallo a été expulsé du territoire zaïrois.

### I. Les sociétés de M. Diallo

#### A. Africom et Africom-Zaïre

3. Pour ce qui touche au premier point, M<sup>e</sup> Kalala nous a tenu en haleine mercredi après-midi en affirmant détenir la preuve que M. Diallo aurait, selon lui, «tent[é] de manipuler» la Cour en faisant croire qu'il était associé de la société Africom, ce qui n'aurait jamais été. M<sup>e</sup> Kalala a affirmé en effet avoir retrouvé les statuts de cette société<sup>1</sup>, qui ont été transmis depuis à l'Etat demandeur par le truchement du Greffe de la Cour<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> CR 2006/52, p. 28-29, par. 50-51.

<sup>2</sup> Lettre du Greffe en date du 29 novembre 2006.

4. Effectivement, M. Diallo n'est, aux termes des statuts de la société «Africom» dont le Congo a retrouvé la trace, ni associé, ni même gérant, de cette société. Mais cela n'a rien de très surprenant, car cette société, créée le 24 mars 1988, n'a aucun lien avec celle de M. Diallo :

- certes, leurs dénominations sociales sont proches : «Africom-Zaire» dans un cas, «Africom» dans l'autre, ce qui peut autoriser la confusion ;
- mais les domiciles des sièges sociaux des deux sociétés ne sont pas les mêmes<sup>3</sup>, non plus que leurs numéros respectifs d'immatriculation au registre du commerce<sup>4</sup>, pas plus d'ailleurs que leurs gérants. De nombreux documents officiels émanant d'autorités zairoises reconnaissent en effet que M. Diallo est le gérant de la société Africom-Zaire<sup>5</sup>, alors que c'est un certain Ronald Cazier qui a été nommé gérant de l'autre société Africom<sup>6</sup> ;
- du reste, l'objet social des deux sociétés diffère également. En vertu de l'article 3 des statuts de la société retrouvée par l'Etat défendeur, celle-ci «a pour objet principal la vente de pièces de rechange pour véhicules, élévateurs, machines» et «autres engins mécaniques», ce qui n'a jamais été l'activité commerciale de la société de M. Diallo ;
- la date de constitution de la société «Africom» retrouvée par le défendeur aurait dû alerter nos contradicteurs sur le fait qu'il ne pouvait pas s'agir de la société Africom-Zaire. Le 24 mars 1988, date de création de cette société, cela faisait longtemps qu'Africom-Zaire existait et agissait. Celle-ci a été créée en 1974. En 1979, elle participait, devant notaire, à la création de l'autre société de M. Diallo, Africontainers<sup>7</sup>. En 1983, elle concluait ses premiers contrats avec l'Etat zairois, ce qui donnera lieu à l'affaire du papier listing, dont j'ai développé les tenants et les (douloureux) aboutissements mardi dernier<sup>8</sup> ; dès le 1er novembre 1975,

---

<sup>3</sup> Mémoire de la Guinée (MG), annexe 1 (acte notarié de constitution de l'Africontainers et statuts, 18 septembre 1979, p. 1) ; document transmis par le Greffe le 29 novembre 2006, statuts d'«Africom, SPRL».

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Voir par exemple MG, annexe 130 (jugement du TGI de Kinshasa, 24 août 1993, p. 1), ou observations de la République de Guinée sur les exceptions préliminaires (OG), annexe 16 (lettre n° 431 du 28 janvier 1989 du procureur général près la cour d'appel de Kinshasa à M. Diallo).

<sup>6</sup> Document transmis par le Greffe le 29 novembre 2006, statuts d'«Africom, SPRL».

<sup>7</sup> MG, annexe 1 (acte notarié de constitution de l'Africontainers et statuts, 18 septembre 1979).

<sup>8</sup> CR 2006/51, p. 19-20, par. 14-19.

Africom-Zaire avait également conclu son premier contrat de bail avec la société PLZ<sup>9</sup>. Tous ces éléments figurent bien entendu au dossier ;

- il est vrai que jusqu'à ce jour, la Guinée n'a pas été en mesure de retrouver les statuts de la société Africom-Zaire, d'une part parce que ce n'est pas M. Diallo, mais la Guinée qui est demanderesse dans la présente instance, d'autre part, parce que son ressortissant a été expulsé du territoire du Zaïre où se trouvent justement les documents pertinents (d'après certaines pièces du dossier, les statuts de la société Africom-Zaire se trouveraient au greffe du tribunal de grande instance de Kinshasa)<sup>10</sup> ;
- mais pour autant, l'existence même de cette société et de ses statuts n'est pas contestable : dans ses conclusions rendues le 11 janvier 1995 dans l'affaire *Africom-Zaire c. PLZ*, le ministère public devant la Cour suprême de justice a eu l'occasion de constater que les statuts sociaux d'Africom-Zaire, représentée par M. Diallo dans cette affaire, «dat[ai]ent du 22 août 1974» et avaient fait l'objet d'une «réimmatriculation» «en date du 17 mars 1980», dans le respect, précisait le ministère public, du «prescrit de la loi»<sup>11</sup>.

5. Africom-Zaire — l'Africom de M. Diallo — existait donc bien avant 1988, et elle existait de manière tout à fait régulière. Une autre société Africom est certes apparue depuis, mais cela est totalement hors débat dans l'affaire qui nous occupe.

## **B. La question des sociétés privées à responsabilité limitée à actionnaire unique**

6. Ces développements relatifs aux sociétés de M. Diallo me fournissent l'occasion de répondre à la question posée mardi par M. le juge Bennouna, au sujet de la possibilité de créer, en droit zaïrois, une société privée à responsabilité limitée avec un actionnaire unique<sup>12</sup>. Dans l'état actuel de ses informations — et la Guinée ne manquera pas, conformément aux indications de la Cour<sup>13</sup>, de compléter sa réponse d'ici au 6 décembre au cas où de nouveaux éléments seraient

---

<sup>9</sup> MG, annexe 130 (jugement du TGI de Kinshasa, 24 août 1993), jugement, p. 7.

<sup>10</sup> MG, annexe 146 (conclusions du ministère public dans le pourvoi en cassation contre l'arrêt RCA 17244, 11 janvier 1995), p. 2-3.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> CR 2006/51, p. 62.

<sup>13</sup> Voir la lettre du Greffe du 28 novembre 2006.

portés à sa connaissance entre-temps —, la Guinée considère que M<sup>e</sup> Kalala n'a sans doute pas tort lorsqu'il affirme que la législation congolaise n'autorise pas la création d'une société privée à responsabilité limitée par une seule personne<sup>14</sup>. Il me faut toutefois apporter les précisions suivantes.

7. Tout d'abord, je relèverai que dans l'affaire *AMT c. Zaïre*, portée devant le CIRDI en 1993, l'Etat zaïrois a expressément avancé l'idée qu'un investisseur étranger pouvait créer, seul, une société privée à responsabilité limitée en droit zaïrois. Etait en cause dans cette affaire une SPRL zaïroise, SINZA, majoritairement contrôlée par une société étrangère, AMT. Or, à l'appui de son allégation, rejetée par le tribunal, selon laquelle AMT ne pouvait pas agir dans cette affaire, l'Etat zaïrois a considéré que le fait qu'AMT participe au capital de SINZA ne suffisait pas à lui donner ce pouvoir d'agir, solution, a précisé l'Etat zaïrois, qui aurait également prévalu même dans l'hypothèse où AMT aurait créé cette société en en possédant 100 % du capital social<sup>15</sup>. Le fait même que l'Etat zaïrois ait pu formuler pareille hypothèse sans la juger juridiquement irréalisable au regard de son droit interne est tout à fait intéressant à relever, puisqu'il laisse entendre que l'impossibilité affirmée mercredi par M<sup>e</sup> Kalala n'est pas si absolue que cela.

8. En tant que tel, le fait de ne pas pouvoir *créer* une société unipersonnelle n'empêche nullement au demeurant une société de *devenir* unipersonnelle par la suite. Ce sont là deux questions différentes. Tout dépend, s'agissant du second point, non plus des règles de constitution, mais des règles applicables en matière de radiation et de dissolution de la société. Or, le décret du 6 mars 1951 qui institue le registre du commerce du Zaïre ne mentionne pas le cas de figure de la société devenant unipersonnelle comme un cas dans lequel il faudrait procéder à la radiation de l'immatriculation au registre du commerce<sup>16</sup>, immatriculation qui, je le souligne, «fait présumer la qualité de commerçant»<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> CR 2006/52, p. 9, par. 8.

<sup>15</sup> ARB/93/1, sentence du 21 février 1997, *ILM*, 1997, p. 2, par. 1.05 ii), et p. 19, par. 5.11.

<sup>16</sup> Reproduit in Kalongo Mbikayi, *Code civil et commercial congolais (mis à jour au 31 mars 1997)*, Centre de recherches et de diffusion juridiques, Kinshasa, 1997, p. 378-379, art. 29.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 371, art. 3.

9. Dans le cas d'espèce qui nous occupe, Africontainers n'a de toute manière jamais été unipersonnelle, ni au moment de sa création, ni depuis, ce qui n'empêche pas M. Diallo d'en détenir, indirectement, 100 % du capital. Quant à Africom-Zaïre, si elle est devenue unipersonnelle à la fin des années soixante-dix, elle a été créée en 1974 de manière contractuelle.

10. J'ajouterai que l'existence de ces deux sociétés, y compris la configuration très particulière de leur capital social, centralisé dans les mains de M. Diallo, n'a jamais été contestée par les personnes le cas échéant intéressées à le faire, et notamment pas par leurs partenaires contractuels, l'Etat zaïrois inclus. Le ministère public devant la Cour suprême de justice, qui a été sollicité en 1995 d'examiner les statuts des sociétés Africom et Africontainers, a d'ailleurs expressément confirmé, à chaque fois, la validité du dépôt de ces statuts, ainsi que de celui de leurs actes modificatifs<sup>18</sup>.

11. Dans ces circonstances, il suffit de prendre acte de cette situation, qui s'impose comme un fait au regard du droit international (*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond, arrêt n° 7, 1926, C.P.J.I. série A n° 7, p. 19*). La République démocratique du Congo ne s'est au demeurant pas comportée différemment. Elle a admis en effet, dans ses exceptions préliminaires, sans se dédire lors de ses plaidoiries orales, d'une part, l'existence de ces deux sociétés, d'autre part, le fait que par suite de la répartition particulière de leur capital social depuis 1980, M. Diallo était «devenu, dans les faits, le seul dirigeant de ces deux sociétés de droit zaïrois»<sup>19</sup>.

12. En admettant d'ailleurs — mais je raisonne ici à titre purement spéculatif — que le fait que M. Diallo soit le seul actionnaire de ses deux sociétés soit une cause de dissolution en droit congolais et en admettant par ailleurs que vous ayez la compétence de dissoudre ces deux sociétés, que se passerait-il ? Leur dissolution entraînerait la transmission universelle de leur patrimoine à leur associé unique, M. Diallo, ressortissant guinéen. Nous rejoindrions alors, par un autre chemin, la solution de l'affaire *De Leon*, évoquée par le professeur Alain Pellet mardi dernier à l'appui de la

---

<sup>18</sup> MG, annexe 146 (Conclusions du ministère public dans le pourvoi en cassation contre l'arrêt RCA 17244, 11 janvier 1995), p. 2-3 ; MG, annexe 149 (Conclusions du ministère public dans le cadre du pourvoi en cassation de l'arrêt RCA 17229, 20 avril 1995), p. 2-3.

<sup>19</sup> EP, p. 11, par. 1.06.

protection par substitution<sup>20</sup>. Quel que soit par conséquent le bout par lequel on se saisit de la question, on en revient toujours au même résultat.

13. Ces précisions étant apportées, j'en viens, Madame le président, au second point de ma présentation, qui portera sur les conditions dans lesquelles M. Diallo a été expulsé du territoire zairois.

## **II. Les conditions dans lesquelles M. Diallo a été expulsé du territoire zairois**

14. Avant d'en arriver à l'expulsion proprement dite, il me faut relever, à titre liminaire, qu'en débutant sa plaidoirie de mercredi, M<sup>e</sup> Kalala a expressément indiqué qu'il se «limiter[ait] à relever les points de fait et de droit qui continuent encore à diviser les deux Etats, et à réfuter la thèse défendue par la Guinée pour chaque point»<sup>21</sup>. Or, M<sup>e</sup> Kalala a gardé un silence absolu sur deux points notamment, que le Congo ne paraît pas en mesure de contester sur le plan des faits :

- M<sup>e</sup> Kalala n'est tout d'abord à aucun moment revenu sur les arguments que j'avais soulevés mardi dernier au sujet de l'évaluation par M. Diallo des réclamations de ses sociétés ;
- j'ai eu beau chercher par ailleurs dans le compte rendu des audiences du second tour de plaidoiries du Congo : le mot «détention» n'a pas été prononcé une seule fois par l'Etat défendeur. Celui-ci n'a strictement rien dit, ni de l'arrestation et de la détention arbitraires de 1988, ni de celles de 1995-1996, encore moins de leurs durées manifestement excessives.

15. Mon contradicteur s'est focalisé uniquement sur l'expulsion, qui, selon lui, aurait été pleinement «régulière»<sup>22</sup>. Nous entrons ici dans une question de fond, qu'il n'appartient pas encore aux Parties de discuter dans tous ses aspects. Mais les assertions de M<sup>e</sup> Kalala ne peuvent rester sans réponse et c'est la raison pour laquelle, à mon tour, je concentrerai mon propos sur cette question.

16. La régularité de l'expulsion, au regard du droit zairois, doit s'apprécier à plusieurs points de vue.

17. Les conditions de compétence, de forme et de procédure, tout d'abord, ont-elles été respectées ? Manifestement, non :

---

<sup>20</sup> CR 2006/51, p. 49, par. 26.

<sup>21</sup> CR 2006/52, p. 17, par. 1.

<sup>22</sup> CR 2006/52, p. 18, par. 2.

- l'ordonnance de 1983 relative à la police des étrangers<sup>23</sup> impose en son article 15 l'adoption d'une ordonnance, signée du président de la République ; nous avons affaire ici à un décret, signé du premier ministre<sup>24</sup> ;
- l'ordonnance de 1983 exige en son article 16 la consultation préalable de la Commission nationale d'immigration, ainsi que la mention de cette consultation dans l'ordonnance d'expulsion ; nous avons affaire à un décret d'expulsion qui ne fait état d'aucune consultation de la Commission, à la différence, par exemple, des décrets d'expulsion du 22 février 1995 et du 20 septembre 1996 adoptés contre un grand nombre de ressortissants étrangers (quatre-vingt quatre dans un cas, vingt-quatre dans l'autre). L'un et l'autre de ces deux décrets indiquent, expressément, et pour l'ensemble de ces cent huit personnes : «Vu l'avis favorable de la Commission nationale d'immigration.»<sup>25</sup> Le fait que pareille indication ne figure à aucun endroit dans le décret d'expulsion de M. Diallo confirme l'empressement suspect des autorités zairoises à sanctionner ce dernier ;
- l'ordonnance de 1983 distingue enfin clairement entre la notion, et le régime, d'expulsion et de refoulement<sup>26</sup> ; or, M. Diallo a fait l'objet d'un décret d'expulsion, curieusement exécuté par une mesure de refoulement. M<sup>e</sup> Kalala a concédé mardi l'existence d'un problème à cet égard, en invoquant une «erreur» du fonctionnaire du service de l'immigration<sup>27</sup>. Erreur, peut-être ; mais erreur sans doute volontaire, car celle-ci n'était pas sans conséquence juridique, notamment en matière de voies de recours ouvertes (en l'espèce, non ouvertes), à M. Diallo. Comme l'a rappelé en effet mardi dernier mon ami le professeur Jean-Marc Thouvenin, l'article 13 de l'ordonnance de 1983 prévoit expressément que les mesures de refoulement sont «sans recours»<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> EP, annexe 73 ; dossier des juges du premier tour, onglet n° 3 (ordonnance-loi n° 83-033 du 12 septembre 1983, relative à la police des étrangers).

<sup>24</sup> EP, annexe 75 (décret n° 0043 du 31 octobre 1995 portant expulsion de M. Diallo du territoire de la République du Zaïre).

<sup>25</sup> EP, annexe 76 (décrets portant expulsion de personnes étrangères).

<sup>26</sup> EP, annexe 73 ; dossier des juges du premier tour, onglet n° 3 (art. 13 et 15).

<sup>27</sup> CR 2006/52, p. 18, par. 5.

<sup>28</sup> CR 2006/51, p. 57-58, par. 28.

18. Les conditions de motivation de la mesure d'expulsion ont-elles ensuite été remplies ? Manifestement, non : le décret d'expulsion contient seulement la mention, sans autre indication, ni renvoi à un quelconque document précis : «vu le dossier personnel de la personne mieux identifiée à l'article premier ci-dessous dont la présence et la conduite ont compromis et continuent à compromettre l'ordre public zairois, spécialement en matière économique, financière et monétaire». Voilà ce qu'en droit administratif, on appelle couramment une motivation stéréotypée, qui équivaut à une absence de motivation, extrêmement gênante au regard de la gravité des mesures prises.

19. L'explication fournie par M<sup>e</sup> Kalala sur ce point est hautement révélatrice de l'absence de tout motif valable d'expulsion. Selon celui-ci, «[l]es autorités congolaises ne pouvaient ... pas indiquer en détail dans un texte légal tous les faits précis qui étaient reprochés à M. Diallo»<sup>29</sup>. Permettez-moi, Madame le président, de faire deux commentaires :

- sur un plan purement juridique, l'argument de M<sup>e</sup> Kalala revient à soutenir ceci : quand il est trop facile de motiver parce que les preuves seraient trop abondantes, il n'y aurait plus besoin de motiver. C'est une position franchement absurde. Au surplus, c'est admettre, et la Guinée en prend acte, l'absence de toute motivation dans le décret d'expulsion ;
- sur le terrain des faits, maintenant, l'idée que le Congo pourrait se prévaloir, «en détail», de «faits précis» contre M. Diallo ne repose sur strictement rien, puisque l'Etat congolais n'a jamais produit le moindre élément accreditant ses graves accusations contre M. Diallo. L'Etat défendeur peut bien invoquer, pour la première fois, je tiens à le faire remarquer, l'existence de «rapports réguliers» des «services spéciaux de la RDC», qui «suivaient M. Diallo depuis plusieurs mois»<sup>30</sup>, encore faudrait-il matérialiser ces accusations, ce que le Congo n'a jamais été en mesure de faire.

20. Cette absence de motivation du décret explique sans doute l'insistance mise à nouveau par M<sup>e</sup> Kalala sur la lettre du 30 novembre 1995 par laquelle M. Diallo alertait plusieurs personnalités étrangères sur le sort réservé à ses sociétés. Certes, a-t-il admis, cette lettre est postérieure au décret d'expulsion du 31 octobre. Mais, a-t-il affirmé en substance, ce qui

---

<sup>29</sup> CR 2006/52, p. 19, par. 6.

<sup>30</sup> CR 2006/52, p. 20, par. 10.

compterait, ce ne serait pas le décret, mais sa mise en œuvre par la mesure de refoulement du 31 janvier 1996. Mais, si je ne me trompe, l'acte déclencheur de la procédure, c'est le décret d'expulsion, et celui-ci ne peut décidément pas être motivé par des événements qui lui sont postérieurs.

21. En tout état de cause, de simples propos du type de ceux tenus par M. Diallo dans cette lettre ne peuvent être considérés comme «un acte attentatoire à l'ordre public congolais» légitimant l'expulsion<sup>31</sup>, comme a cru pouvoir le dire M<sup>e</sup> Kalala mercredi dernier. Pour étayer ses affirmations, celui-ci s'est fondé sur une affaire récente concernant la France<sup>32</sup>. Effectivement, «un religieux musulman algérien» y a récemment fait l'objet d'une mesure d'expulsion. Mais les faits des deux affaires — et je me garderai bien de porter un jugement juridique, dans un sens ou dans un autre, sur le comportement de l'Etat français — sont entièrement différents. Cette personne n'a pas été expulsée pour de simples «propos», comme l'affirme M<sup>e</sup> Kalala, et elle ne l'a pas été sans avoir pu se prévaloir de garanties judiciaires fondamentales dont M. Diallo n'a jamais bénéficié :

- la personne visée a pu demander en urgence la suspension de sa mesure d'expulsion, avant que le juge<sup>33</sup> des référés, puis le Conseil d'Etat, statuent sur son cas ;
- et en l'espèce, l'arrêté d'expulsion a été confirmé par le juge sur la base de notes des services de renseignements établissant les liens de cette personne avec des organisations terroristes, notes de renseignement qui «ont été débattues dans le cadre de l'instruction écrite contradictoire»<sup>33</sup>. Par contraste, M. Diallo, pas plus que la Guinée aujourd'hui, n'a jamais eu cette possibilité, faute pour le Congo d'avoir produit le moindre document à l'appui de ses accusations et d'avoir mis M. Diallo en état de les contester au moment opportun.

22. Je soulignerai sur ce dernier point que l'Etat défendeur a admis mercredi, par la voix de M<sup>e</sup> Kalala, que M. Diallo, au moment où il était détenu à la suite de l'adoption du décret d'expulsion, ne «sav[ait]» pas que cette mesure avait été prise à son encontre<sup>34</sup>. Cela confirme, une

---

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> CR 2006/52, p. 19, par. 7.

<sup>33</sup> Conseil d'Etat, 4 octobre 2004, n° 266948, *Ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c. M. Bouziane* ([www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)).

<sup>34</sup> CR 2006/52, p. 19-20, par. 10.

fois de plus, le caractère arbitraire de la détention et l'impossibilité d'épuiser le moindre recours contre des mesures dont M. Diallo n'était pas même informé.

23. M<sup>e</sup> Kalala s'est enfin félicité mercredi du fait que les autorités zairoises n'auraient pas agi dans la précipitation<sup>35</sup>. La mesure de refoulement n'est intervenue en effet que trois mois après le décret d'expulsion. Mais cela ne signifie pas que les autorités zairoises sont restées passives pendant tout ce temps. Où se trouvait M. Diallo entre l'adoption du décret d'expulsion et la mesure de refoulement ? En prison, où il croupissait dans une cellule, dans des conditions contraires aux standards internationaux et en violation notamment des dispositions de l'ordonnance de 1983 qui interdisaient toute détention au-delà d'un délai absolument maximal de huit jours<sup>36</sup>. Je m'arrêterai là, Madame le président, car de cette détention, comme de celle de 1988, visiblement le Congo ne veut pas entendre parler.

Madame le président, Messieurs de la Cour, ainsi s'achève mon exposé. Je vous remercie vivement de votre attention. Madame le président, je vous serais reconnaissant de bien vouloir appeler maintenant à cette barre le professeur Jean-Marc Thouvenin.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Forteau. I now call Professor Thouvenin. It may be convenient if I say at this juncture that the Court will continue through this morning without a pause.

M. THOUVENIN: Thank you, Madam President.

## **II. L'ÉPUISEMENT DES RECOURS INTERNES**

1. Madame le président, Messieurs les juges, les arguments présentés par la Partie congolaise au soutien de sa seconde exception préliminaire appellent des précisions sur quatre points, sur lesquels je reviendrai successivement.

---

<sup>35</sup> CR 2006/52, p. 18, par. 4.

<sup>36</sup> CR 2006/51, p. 24, par. 28 (Forteau).

## **I. L'expulsion de M. Diallo a empêché l'exercice par ses sociétés des recours internes**

2. La RDC a contesté l'argument de la Guinée selon lequel les sociétés de M. Diallo ont été empêchées d'exercer des recours internes du fait de l'expulsion de leur gérant<sup>37</sup>. Pour le Congo, le sort de M. Diallo et celui de ses sociétés ne doivent certainement pas être confondus<sup>38</sup>.

3. Il n'y a aucun désaccord profond entre les Parties sur la distinction entre les personnalités juridiques de M. Diallo et de ses sociétés. Mais il n'aura sans doute pas échappé à la Partie congolaise que l'empêchement d'exercer des recours est de l'ordre du fait. Sur ce terrain là, l'erreur serait de croire que le droit commande nécessairement le fait.

4. Or, dans les faits, ce n'est pas la Guinée, mais le Zaïre qui a confondu le gérant associé M. Diallo avec ses sociétés. D'ailleurs, en dépit des explications bien embarrassées de la Partie congolaise<sup>39</sup>, la chronologie des événements d'octobre 1995 à janvier 1996 montre que la cause unique de l'expulsion de M. Diallo réside dans les actions en justice qu'il exerçait au nom de ses sociétés.

5. Mon contradicteur essaie cependant de convaincre que, dans l'esprit du gouvernement de l'époque, aucune confusion n'aurait été faite car, plutôt que d'expulser M. Diallo, le Zaïre aurait aussi bien pu exproprier ses sociétés, ou leur interdire certaines activités ; cela aurait, selon lui, été une «meilleure solution»<sup>40</sup>. Mais il est trop tard pour formuler de tels conseils : à tort ou à raison, mais en tout état de cause de manière illicite, le Zaïre de 1995-1996 a considéré que la meilleure solution était d'arrêter, détenir, puis expulser M. Diallo.

6. Par ailleurs, c'est dans l'ordre des faits, toujours, que les sociétés de M. Diallo ont été empêchées d'exercer des recours internes, faute de disposer sur place d'un gérant pour diriger leurs affaires dans leur intérêt. On peut toujours soutenir que, en droit, les sociétés de M. Diallo pouvaient encore faire bien des choses après l'expulsion<sup>41</sup> de leur gérant, mais trois constats montrent que cela n'a pas pu être le cas :

---

<sup>37</sup> CR 2006/52, p. 21-22, par. 15 et 19 (Kalala).

<sup>38</sup> CR 2006/52, p. 21, par. 18 (Kalala).

<sup>39</sup> CR 2006/52, p. 19-20, par. 9-10 (Kalala).

<sup>40</sup> CR 2006/52, p. 22, par. 20 (Kalala).

<sup>41</sup> CR 2006/52, p. 21, par. 18 (Kalala).

- Premièrement, M<sup>e</sup> Wordsworth y reviendra tout à l'heure, aucun autre gérant que M. Diallo n'a été nommé par le seul fait de la lettre du 12 février 1996 adressée par un avocat à un employé d'Africontainers<sup>42</sup>. Mais même si cela avait été le cas, cela n'aurait rien changé.
- Car, deuxièmement, le gérant d'Africontainers avait été victime de privations de liberté et d'une expulsion alors qu'il agissait en justice dans le cadre de ses fonctions de gérant. Dans de telles circonstances, il ne saurait être requis de quiconque de prendre la succession d'une gérance aussi dangereuse. Le successeur éventuel aurait peut être pu acheter des fournitures, commercer ; mais il aurait eu de bonnes raisons de penser qu'il était «manifestement empêché d'exercer des recours internes»<sup>43</sup> au nom des sociétés. Par suite, «dans les circonstances de l'espèce, il serait manifestement déraisonnable de s'attendre à ce que les recours internes aient été engagés»<sup>44</sup>.
- D'ailleurs, et troisièmement, il est significatif qu'aucune nouvelle action en justice n'ait été engagée par les sociétés de M. Diallo après son expulsion, alors même que l'exercice, par la Guinée, de sa protection diplomatique devant la Cour date de la fin de l'année 1998. Comme je l'ai déjà indiqué<sup>45</sup>, entre 1996 et 1998, si des négociations ont été conduites à l'initiative de la Gécamines avec des représentants d'Africontainers, elles le furent sous le contrôle de l'ambassade de Guinée au Zaïre. Je n'ai pas été contredit sur ce point durant l'audience de mercredi dernier, et j'en tire pour conséquence que, décidément, après son expulsion, le gérant d'Africontainers était empêché d'épuiser les recours internes au nom de ses sociétés.

## **II. L'absence de recours internes raisonnablement disponibles contre les arrestations et expulsion arbitraires**

7. Après huit ans de procédure, la RDC s'est montrée incapable ne serait-ce que d'évoquer une véritable voie de recours, qui aurait été disponible pour M. Diallo. La Guinée a pris note que, à l'audience de mercredi :

---

<sup>42</sup> CR 2006/52, p. 21-22, par. 19 (Kalala) et MG, annexe 201.

<sup>43</sup> Rapport de la CDI, cinquante-huitième session (2006), supplément n° 10 (A/61/10), art. 15, *d*), p. 79.

<sup>44</sup> Rapport de la CDI, cinquante-huitième session (2006), supplément n° 10 (A/61/10), art. 15, p. 85, par. 10.

<sup>45</sup> CR 2006/51, p. 56-57, par. 24 (Thouvenin).

- premièrement, le Congo n'a pas contesté que le «recours» contre l'expulsion sur lequel il avait d'abord cru pouvoir adosser sa thèse n'est pas un recours au sens de la règle de l'épuisement des voies de recours internes ; il s'agit bien d'une procédure extralégale qui se qualifie comme un appel à la mansuétude des autorités gouvernementales ;
- deuxièmement, le Congo n'a pas davantage allégué l'existence d'un autre type de recours contre la mesure de refoulement ; au contraire, il a admis, par son silence, qu'aux termes de l'article 13 de l'ordonnance-loi n° 1983-033 du 12 septembre 1983 relative à la police des étrangers : «[la] mesure de refoulement est sans recours»<sup>46</sup> ;
- troisièmement, rien n'a été dit non plus quant à d'éventuels recours qui auraient permis à M. Diallo de réclamer la réparation des préjudices qu'il avait subis en 1988 et 1996 du fait de ses détentions arbitraires.

8. La Guinée en retire qu'il n'y avait pas de recours internes raisonnablement disponibles pour que M. Diallo puisse faire valoir ses droits.

### **III L'absence de recours raisonnablement disponibles contre les ingérences du gouvernement dans les procédures judiciaires engagées par les sociétés de M. Diallo**

9. Mais le sort de M. Diallo n'intéresse pas beaucoup la RDC, qui préfère s'attacher à ses sociétés et à leurs créances<sup>47</sup>, et passer sous silence les ingérences du gouvernement rappelées par la Guinée durant l'audience de mardi<sup>48</sup>. Je rappellerai brièvement les faits :

- Le 3 juillet 1995, le tribunal de grande instance de Kinshasa condamnait Shell au paiement de 13 millions de dollars à Africontainers<sup>49</sup>. En août, le caractère exécutoire de ce jugement était confirmé en appel<sup>50</sup>. J'y reviendrai.
- Le 13 septembre, suite à l'intervention de Zaïre Shell auprès du gouvernement<sup>51</sup>, l'exécution du jugement était suspendue, sur ordre du vice-ministre de la justice et garde des sceaux, ordre

---

<sup>46</sup> Annexe EP 73 ; les italiques sont de nous.

<sup>47</sup> CR 2006/52, p. 21-22, par. 19 (Kalala).

<sup>48</sup> CR 2006/51, p. 22-23, par. 24-27 (Forteau).

<sup>49</sup> MG, annexe 153.

<sup>50</sup> EPRDC, annexe 65.

<sup>51</sup> MG, annexe 166.

donné au «télécel» de Zaire Shell, c'est-à-dire par son téléphone cellulaire, comme le rapporte l'huissier de justice qui était alors en train de procéder aux saisies des biens de Zaire Shell<sup>52</sup>.

- Le 28 septembre, le ministre de la justice invitait cependant, par courrier cette fois, le premier président de la cour d'appel à prendre des dispositions pour exécuter la décision, considérée comme n'étant porteuse d'aucun «mal-jugé manifeste»<sup>53</sup>. Le 6 octobre, puis le 9 octobre, un huissier procédait alors à des saisies-exécutions, notamment des comptes de la société Shell et de matériels bureautiques. Africontainers allait rentrer dans les droits qui lui avaient été reconnus par le tribunal.
- Mais, le 13 octobre, le premier président de la cour d'appel de Kinshasa-Gombe écrivait au ministre de la justice qu'il avait : «l'honneur de [lui] confirmer qu'en exécution de [ses] instructions verbales reçues ce matin, il a[vait] été procédé immédiatement à la mainlevée des saisies-exécutions des biens de la société Zaire Shell dans l'affaire qui l'oppose à la société Africontainers...»<sup>54</sup>.

10. Madame le président, il a été dit à cette barre que : «Le Gouvernement congolais n'a pas le pouvoir, et ne le fait jamais, de donner des injonctions aux juges indiquant le sens dans lequel ceux-ci dev[r]aient trancher les litiges dont ils sont saisis»<sup>55</sup>. Je constate pour ma part qu'une lettre du premier président de la cour d'appel de Kinshasa-Gombe montre que, dans le dossier *Africontainers c. Zaire Shell*, c'est exactement ce qui s'est produit.

11. Au total, cette affaire se caractérise par :

- i) une double ingérence, la première ayant pris la forme d'un ordre de cesser la saisie-exécution donné par téléphone par le vice-ministre de la justice, la seconde résultant d'instructions verbales données au premier président de la cour d'appel de Kinshasa-Gombe ; elle révèle aussi
- ii) une absence totale d'encadrement légal de l'action du gouvernement, ses ordres ayant toujours été donnés verbalement, sans aucune base ni justification juridique pour le

---

<sup>52</sup> MG, annexe 171.

<sup>53</sup> MG, annexe 170.

<sup>54</sup> MG, annexe 177.

<sup>55</sup> CR 2006/52, p. 26, par. 38 (Kalala).

premier, et en contradiction flagrante, pour le second, avec la lettre ministérielle du 28 septembre qui reconnaissait l'absence de mal-jugé manifeste du jugement rendu contre Zaire Shell.

12. Surtout, les ingérences du gouvernement ont eu pour effet de contredire totalement ce qu'avait décidé la cour d'appel de Kinshasa-Gombe, qui, le 24 août 1995<sup>56</sup>, avait rejeté la demande de suspension d'exécution du jugement déposée par Zaire Shell et, le 13 septembre 1995<sup>57</sup>, avait confirmé le caractère immédiatement exécutoire du jugement du tribunal de grande instance favorable à Africontainers.

13. La Guinée prend note que, à la question de savoir si les sociétés de M. Diallo auraient pu exercer un recours contre l'Etat pour contester lesdites ingérences, avec un espoir raisonnable de succès, la Partie congolaise n'a apporté aucune réponse. Dès lors, ici encore, il n'y avait «pas de recours internes raisonnablement disponibles», pour reprendre la formule du projet d'article 15, alinéa *a*), du projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique<sup>58</sup>.

#### **IV. Le caractère inadéquat de la protection judiciaire en ce qui concerne M. Diallo et ses sociétés**

14. Le dernier point qu'il me revient d'aborder touche au caractère inadéquat du système de protection judiciaire zairois en ce qui concerne M. Diallo et ses entreprises.

15. S'agissant du problème de la longueur abusive des procédures, les Parties sont d'accord sur un fait : deux procédures engagées par les sociétés de M. Diallo suivaient leur «cours normal»<sup>59</sup> — ce sont les expressions contenues dans deux lettres datées de 2002 — près de dix ans après avoir été initiées.

16. Il s'agit d'un délai abusivement long, mais mon contradicteur a expliqué lors de l'audience de mercredi que : «comme il s'agit [d']affaires civiles et commerciales tranchées au degré d'appel, l'introduction d'un pourvoi en cassation n'est pas suspensive de leur exécution forcée»<sup>60</sup>, ce qui, selon lui, interdirait à «M. Diallo et à ses sociétés [de] se plaindre d'une

---

<sup>56</sup> EPRDC, annexe 65.

<sup>57</sup> MG, annexe 170.

<sup>58</sup> Rapport de la CDI, cinquante-huitième session, 2006, sup. 10 (A/61/10), art. 15 *a*), p. 78.

<sup>59</sup> EPRDC, annexe 47.

<sup>60</sup> CR 2006/52, p. 27, par. 44 (Kalala).

prétendue longueur abusive des procédures internes en RDC»<sup>61</sup>. Mais, outre que le caractère suspensif ou non d'un pouvoir ne justifie en rien le caractère abusivement long d'une procédure, la réalité est bien différente de celle que dépeint mon contradicteur : s'il est certain que les pourvois en cassation contre les jugements d'appel qui ont été défavorables à Africontainers et Africom-Zaire n'ont pas été suspensifs, le seul jugement d'appel qui fut favorable à Africontainers, a, lui, vu ses effets arbitrairement suspendus par l'ingérence du gouvernement.

17. Quoi qu'il en soit, la question s'est posée devant la Cour de savoir à quel stade se trouvent actuellement les procédures de cassation engagées dans les affaires *Africom-Zaire c. PLZ*, et *Africontainers c. Fina*. De manière assez surréaliste, la Partie congolaise soutient ne rien en savoir car, a-t-elle dit : «la RDC n'a pas été informée de l'issue de ce procès qui oppose deux sociétés commerciales privées entre elles»<sup>62</sup>. Mais il est évident que si la RDC n'a pas été informée de l'issue des procès, c'est tout simplement qu'il n'y en a pas eu. Tout de même, nous ne parlons pas de décisions d'un tribunal d'arrondissement, mais bien de celles de la Cour suprême de justice, dont les décisions, évidemment publiques, peu nombreuses, forment, comme celles de toutes les cours suprêmes, la jurisprudence la plus observée et la plus commentée du pays. Il n'est évidemment pas concevable qu'un Etat comme la RDC puisse ignorer les décisions de justice rendues par sa plus haute juridiction.

18. En tout état de cause, il convient de relever que :

- premièrement, le dossier proposé à la Cour par le Congo contient des pièces qui attestent que, en 2002, les pourvois en cassation étaient encore pendants ;
- deuxièmement, ces pièces ont été obtenues en seulement deux jours par la Partie congolaise ;
- troisièmement, l'Etat congolais n'a pas cru bon de mettre à jour ce dossier qu'il a lui-même présenté à la Cour.

19. Dans ce contexte, il paraît raisonnable de considérer que le défaut de production, par le Congo, d'une pièce équivalente à celles produites par lui en 2002, dans les annexes à ses exceptions préliminaires, aux termes desquelles les procédures suivaient leur «cours normal»<sup>63</sup>, doit

---

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> CR 2006/50, p. 32-33, par. 65 (Kalala) ; voir aussi p. 21, par. 24 (Kalala).

<sup>63</sup> EPRDC, annexe 47.

être considéré comme signifiant que la situation est toujours la même aujourd'hui : les affaires suivent encore leur «cours normal» et sont encore pendantes.

20. Enfin, et j'en arrive à mon dernier argument, Madame le président : à supposer même que, comme il a été dit à cette barre, les tribunaux congolais soient parmi les plus rapides du monde, la Guinée a montré la vanité des recours dont la RDC soutient qu'ils auraient dû être épuisés. Il a été d'ailleurs admis, mercredi, que, si le Gouvernement congolais n'intervient pas dans toutes les décisions judiciaires<sup>64</sup>, il le fait tout de même<sup>65</sup>. Très certainement. Et cela est arrivé, de manière totalement arbitraire, aux sociétés de M. Diallo, comme je l'ai rappelé à l'instant, et comme l'avait souligné le professeur Mathias Forteau mardi<sup>66</sup>, sans que le Congo l'ait contesté. Je vois mal, Madame le président, comment la rareté du fait, à la supposer avérée, pourrait avoir la moindre conséquence dans notre espèce, puisque, précisément, cette espèce fait partie de celles dans lesquelles l'ingérence du gouvernement est caractérisée. La paix peut parfois primer la justice, a-t-on indiqué à cette barre, comme pour suggérer que l'ingérence dans les affaires d'Africontainers trouve son fondement dans cette idée. Mais, outre que suggérer que Africontainers aurait pu menacer la paix paraît absurde, ceci atteste en tout état de cause que, pour cette société, comme pour Africom Zaïre et M. Diallo, aucune justice ne pouvait être rendue au Zaïre.

21. Je vous remercie, Madame le président, Messieurs les juges, de votre attention, et vous prie, Madame le président, de bien vouloir appeler à la barre M<sup>c</sup> Wordsworth.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Thouvenin. I now call Mr. Wordsworth.

---

<sup>64</sup> CR 2006/52, p. 25, par. 35 (Kalala).

<sup>65</sup> CR 2006/52, p. 25-26, par. 36 (Kalala).

<sup>66</sup>CR 2006/51, pp. 19-20, paras. 16-18 and pp. 22-25, paras. 26-29.

Mr. WORDSWORTH:

**III. GUINEA’S RIGHT TO EXERCISE DIPLOMATIC PROTECTION IN RESPECT OF  
THE ARBITRARY DETENTION AND EXPULSION OF MR. DIALLO, AND  
IN RESPECT OF HIS SHAREHOLDERS’ RIGHTS**

1. Madam President, Members of the Court, it falls to me to address you briefly on Professor Mazyambo’s second round submissions on the existence or otherwise of relevant shareholders’ rights in this case.

2. There is however an obvious preliminary point:

(a) At paragraph 3.30 (2) of its Memorial, Guinea stated:

“the imprisonment without trial, examination or formality and without access either to lawyers or staff of the Embassy of the Republic of Guinea was unlawful and thus engages the responsibility of the DRC — whether as regards the ill-treatment of Mr. Diallo, without respect for his most fundamental rights, or as regards the violation of Article 36, paragraph 1, of the Vienna Convention on Consular Relations”.

(b) In the following paragraphs, Guinea focused on the expulsion, claiming that this was “arbitrary and unlawful”, that there was no compliance with Article 13 of the International Covenant on Civil and Political Rights, to which both States are party, that “Mr. Diallo was obliged to leave Zaire without any personal effects, leaving behind all his property, whether movable or immovable”, that “Mr. Diallo was treated like a criminal” and that “the manner in which the expulsion was effected, like the expulsion itself, was unlawful”<sup>67</sup>.

3. It will not have escaped the Court’s attention that, once again, in its second round submissions, the DRC has said nothing about either Guinea’s right to exercise diplomatic protection in respect of the alleged wrongful detention and arbitrary expulsion of Mr. Diallo or Guinea’s rights under Article 36 (1) (b) of the Vienna Convention on Consular Relations<sup>68</sup> (see *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2001*, p. 492, para. 74; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2004*, paras. 49 *et seq*). In either case, the alleged breach of the right in question is

---

<sup>67</sup>MG, paras. 3.32-3.34.

<sup>68</sup>United Nations, *Treaty Series (UNTS)*, , Vol. 596, p. 261. The Convention came into force for the DRC on 14 August 1976 and for Guinea on 30 June 1988.

sufficient, of itself, to mean that this case must go forward to a hearing on the merits. And there is no challenge whatsoever on this point.

4. I move on to Professor Mazyambo's submissions on shareholders' rights. First, the common ground, of which there is much. Professor Mazyambo did not challenge what I said about the very particular and hybrid nature of the "*société privée à responsabilité limitée*", the SPRL; he agrees that Mr. Diallo's shareholders' rights are as established by the law of the DRC<sup>69</sup>; he agrees that the Articles of the 1887 Decree on Commercial Companies to which I took the Court in opening — that is Articles 51, 65, 67, 68, 71, 75 and 79 — contain the relevant shareholders' rights<sup>70</sup>. It follows that there are then only two points of disagreement so far as concerns the nature and extent of the relevant rights:

- (a) First, Professor Mazyambo considers that Article 78 of the 1887 Decree, to which I also referred to in opening, does not create a shareholder's right<sup>71</sup>;
- (b) Second, he also took the position that the rights of supervision under Articles 71 and 75 were not applicable as these Articles provide for supervision of the management of the company, whereas Mr. Diallo was already the manager, the "gérant", of his two SPRLs<sup>72</sup>.

5. I will deal with these two points in turn.

6. First, Article 78, which provides: "L'assemblée générale des associés a les pouvoirs les plus étendus pour faire ou ratifier les actes qui intéressent la société." Professor Mazyambo did not explain why this does not establish rights for the shareholders. As Professor Makela — whose authority on the law of the DRC has not been questioned — explains by reference to Article 78:

"La vie collective des associés se déroule au sein de l'assemblée générale. Celle-ci constitue l'organe souverain de la société. Elle prend des décisions qui dépassent le cadre de la gestion courante des affaires sociales. Elle est notamment compétente pour délibérer sur la gestion des affaires sociales et pour donner *quitus* (décharge) aux gérants et aux commissaires."<sup>73</sup>

---

<sup>69</sup>CR 2006/52, p. 10, para. 5.

<sup>70</sup>CR 2006/52, pp. 10-11, para. 7.

<sup>71</sup>CR 2006/51, p. 33, subpara. (i).

<sup>72</sup>CR 2006/52, p. 11.

<sup>73</sup>Roger Makela Massamba, *Droit des affaires — Cadre juridique de la vie des affaires au Zaïre*, Cadicec/De Boeck Université, 1996, p. 303.

7. This “compétence” denotes the existence of a right, and a very important right at that. It is true, as also follows from Professor Makela’s commentary, that this is a right for the shareholders collectively acting in a general meeting, but it is nonetheless a right from which each shareholder derives a benefit to the extent of their shareholding in the company. As Article 51 of the 1887 Decree provides, “Chaque part sociale confère un droit égal dans l’exercice des prérogatives d’associé . . .”. Each shareholder has the benefit of “un droit égal” in the exercise of a right such as Article 78, but relative to his or her percentage shareholding in the company. In Mr. Diallo’s case of course that was, directly or indirectly, a 100 per cent shareholding.

8. Next, I turn to the rights of supervision and control under Articles 71 and 75 of the 1887 Decree, as to which Professor Mazyambo said: Mr. Diallo “ne pouvait pas exercer . . . le droit de surveillance sur les deux sociétés”; “Il ressort de ce texte que la surveillance qui est prévue . . . c’est la surveillance de la gérance. [Celle-ci] ne peut pas être confiée à une personne qui est déjà gérante”<sup>74</sup>. There are four answers to this:

- (a) First, this is to ignore the wording of Article 75. Article 75 gives contents to the shareholder’s rights of supervision under Article 71 and provides: “Le mandat des commissaires consiste à surveiller et à contrôler sans aucune restriction, tous les actes accompli par la gérance, toutes les opérations de la société et le registre des associés.” There is, of course, a reference to supervision of the acts of the “gérance”, but what of the right to supervise and control all the operations of the company, and the register of “associés”? These rights are far, far broader than Professor Mazyambo allows for — there is no strict overlap with the rights of an “associé” as the “associé gérant”.
- (b) Second, as a matter of principle, why is it not open to the “gérant” also to exercise rights of supervision? The 1887 Decree expressly envisages situations where one person can fulfil two functions at the same time, most obviously in the case of the “gérant associé”, whose status is not merely *permitted* but actually *protected* by Article 67. I stress here that I am dealing with an SPRL, which has very particular features. The “gérant” manages the company, the “associé”, who is the majority shareholder, has all the powers of the general meeting, including

---

<sup>74</sup>CR 2006/52, p. 11, para. 8.

to perform or ratify acts concerning the company, or indeed to revoke the mandate of the “gérant” for just cause. But none of this means that it is impermissible simultaneously for one person to hold the right to perform these various functions.

- (c) Third, there is also an important point of formality, as Professor Mazyambo appeared to suggest that it was Guinea’s case that Mr. Diallo was in fact the “commissaire” within Articles 71 and 75. But that is not our case; rather, pursuant to Article 71, and pursuant also to Article 19 of the Statute of Africontainers<sup>75</sup>, Mr. Diallo was accorded all the rights and powers of supervision and control that the “commissaire” would hold in a larger company. Because his companies had fewer than five “associés”, because of the express wording of the Africontainers Statute, Mr. Diallo as “associé”, and not as “commissaire”, enjoyed the rights of supervision and control — these are shareholders’ rights.
- (d) Finally, on the facts argued by the DRC, Mr. Diallo was not in fact the “gérant” of Africontainers post-expulsion. Maître Kalala argued that within two weeks of the expulsion, as evidenced by a letter of 12 February 1996 from the lawyers for Africontainers, a new “gérant” had been appointed, one Mr. Kanza<sup>76</sup>. Thus, on the DRC’s facts, Professor Mazyambo’s point would simply fall away.

9. But, for what it is worth, Maître Kalala’s version of the facts simply does not stand up to scrutiny:

- (a) While the letter of 12 February does refer to Mr. Kanza as “gérant”<sup>77</sup>, there is no suggestion at all that an extraordinary general meeting, complying with the requirements of Article 65 and also the special requirements of Article 67, was somehow held and notarized prior to 12 February — it being recalled, of course, that Mr. Diallo had then just been expelled; and it also being recalled that the general meeting would have had to have taken place in the DRC, that is common ground. It was not just a question of Mr. Diallo signing a piece of paper, as the DRC somehow affects to believe. Further, one must look at the attachment to the letter of 12 February: this is a payment demand of 5 February 1996, which does indeed refer to

---

<sup>75</sup>MG, Ann. 1.

<sup>76</sup>CR 2006/52, p. 22, para. 19.

<sup>77</sup>MG, Ann. 201.

Mr. Diallo as the “administrateur-gérant”<sup>78</sup>, and in subsequent documentation, Mr. Kanza is never again referred to as “gérant” but rather as the “directeur d’exploitation”<sup>79</sup>, which I am told should be translated as something like “production manager” — something quite different from a “gérant”, in any event.

(b) On the other hand, Mr. Diallo in his letters from Guinea to the DRC, signed off as the PDG — the President Director-General — of Africontainers, that is, of course, as the “gérant”<sup>80</sup>. And, if any further evidence on this point were needed, in the decision of the *cour d’appel* of Kinshasa/Gombe of 20 June 2002, Mr. Diallo is referred to as the “associé-gérant” of Africontainers<sup>81</sup>. So, Mr. Diallo was, and at all material times, remained the “gérant” of Africontainers.

10. I move on to Professor Mazyambo’s final point on shareholders’ rights, which is on the facts. His position was that there had in any event been no interference with Mr. Diallo’s rights by virtue of his expulsion. In essence, he said that shareholders’ rights could be exercised by delegation, that Mr. Diallo could exercise his rights from abroad thanks to modern means of communication, and that it had not been proven that Mr. Diallo was without funds<sup>82</sup>.

11. This answers none of the points that I made in opening. Yes, Mr. Diallo could have appointed another “gérant”, but he had a right to appoint the “gérant” of his choice, i.e., himself, and he had the right to the special protections of Article 67. And how, in any event, was he to exercise his particular rights of supervision and control under Articles 71 and 75 from Guinea? Realistically, how was he to convoke (see Article 83 of the 1887 Decree), take part in and vote at the general meetings of his companies from Guinea? Again, it being recalled, it is accepted the general meetings had to take place in the DRC. How was he to manage the ongoing litigation, to manage his containers, to recover admitted claims from government-owned entities that refused to pay, and in the event did not pay, their debts? If all this could readily be done from Guinea, why was it not done — there is an inventory of Africontainers’ assets as of the date of expulsion in

---

<sup>78</sup>MG, Ann. 201, second page.

<sup>79</sup>MG, Ann. 213, fourth page.

<sup>80</sup>MG, Ann. 219.

<sup>81</sup>POC, Ann. 64, fourth page.

<sup>82</sup>CR 2006/52, p. 12, para. 10.

Guinea's Memorial<sup>83</sup> — why were these assets, which include more than 100 containers, just left to deteriorate<sup>84</sup>?

12. In fact, the position in which Mr. Diallo suddenly found himself is very reminiscent of the position of Mr. Biloune in the *Biloune v. Ghana* case. He too was arrested, detained and expelled, with the effect that his project company, MDCL, could not complete the construction of a restaurant complex that had fallen victim to interference from the local city council. The tribunal there — it is a strong tribunal with Judge Schwebel in the chair — did not find that the answer to Mr. Biloune's problems was simply that he replace himself with local management, seek to complete the project, and thereby avoid an expropriation. Instead, of course, the tribunal focussed on the actual impact of the expulsion of the key person behind the company. It held:

“the conjunction of the stop work order, the demolition, the summons, the arrest, the detention, the requirement of filling assets declaration forms, and the deportation of Mr. Biloune without possibility of re-entry had the effect of causing the irreparable cessation of the work. Given the central role of Mr. Biloune in promoting, financing and managing MDCL, his expulsion from the country effectively prevented MDCL from further pursuing the project.”<sup>85</sup>

13. Well, just so here: given the central role of Mr. Diallo in promoting, financing and managing his two companies, his expulsion from the DRC effectively prevented the two companies from further pursuing their projects, in particular the recovery of alleged or admitted debts. In the circumstances of this case, this constitutes a breach of Mr. Diallo's shareholders' rights. And I have also been focussing on the rights of Mr. Diallo, but what also of his obligations as the “gérant”, and as supervisor pursuant to Articles 71 and 75? How is he meant to carry through these obligations from Guinea? In addition to day to day matters, he had to compile annual reports, compile annual inventories, annual accounts — this could not all be done from Guinea, particularly given Mr. Diallo's lack of funds.

14. Referring to the *El Triunfo* case<sup>86</sup>, Professor Mazyambo concluded that it was necessary to show on the facts a violation such as a replacement of directors, a convocation of meetings

---

<sup>83</sup>MG, Ann. 199.

<sup>84</sup>OG, Anns. 31-33.

<sup>85</sup>*Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, 95 ILR 183, 209.

<sup>86</sup>RSA, Vol. XV, pp. 474-475.

without notice to the majority shareholders, or the refusal of access to company documents<sup>87</sup>. This calls for three comments:

- (a) First, this was not, of course, the view of the Chamber in the *ELSI* case which, as I noted on Tuesday, considered that there could be a breach of rights of control and management which are very similar to the accepted shareholders' rights in this case where the act complained of was the requisition of the company's assets (*Elettronica Sicula SpA (ELSI)*, Judgment, I.C.J. Reports 1989, p. 15, para. 70). No question in that case, for example, of the replacement of directors.
- (b) Second, the question must be asked as to whether the examples that Professor Mazyambo derives from the *El Triunfo* case are truly different in nature or merely different in degree. Mr. Diallo was effectively impeded in the exercise of his rights of supervision, control and management — it makes no material difference that he was not in fact replaced by a new director from the State. The distinction is merely that, where the State does come in and appoint a new, replacement director, as a matter of *fact* the interference with shareholders' rights is all the more clear. Similarly, it makes no material difference that impediments in terms of access to company documents were caused by the fact that Mr. Diallo no longer had access to the country at all, as opposed to him being present on the territory, but turned away from the companies' offices.
- (c) Third, Professor Mazyambo said nothing on intent, although this does feature in the reasoning of the tribunal in the *El Triunfo* case, which focussed on the existence of "an intrigue" whose object was amongst other things "to oust the management and control the American interests"<sup>88</sup> — it is almost Shakespearean language. If the intent behind a given measure is to impede shareholders' rights of control or management, there must evidently be an interference with shareholders' rights, and that is precisely Guinea's case. If Guinea is correct in its contentions, and the intent was indeed to prevent Mr. Diallo in the exercise of his rights of control, supervision and management of his two companies, that is just as much an interference with shareholders' rights as the examples to which the DRC refers.

---

<sup>87</sup>CR 2006/52, p. 12, para. 11.

<sup>88</sup>RSA, Vol. XV, p. 474.

15. But, again, these are all matters for the merits. Professor Mazyambo said: “L’indigence de Monsieur Diallo alléguée par la Guinée pour expliquer l’impossibilité d’une telle démarche [and there he was speaking of Mr. Diallo continuing to control his companies from Guinea] n’a pas été prouvée; elle ne peut donc être retenue.”<sup>89</sup> Not proven, but this cannot be rejected. But this cannot be the right approach. It is not for Guinea to prove its case on the merits at the preliminary objections phase; if it were, of course, this phase would not be preliminary at all; and the procedure would be quite different and we would not all be looking to go home before lunchtime on the first Friday.

16. And I note that Professor Mazyambo tries to have it both ways, for he continued “[p]ar contre, il est plausible — ‘plausible’ — d’affirmer que Monsieur Diallo a fait fortune” and then he concluded “[i]l est donc clair que l’arrestation et l’expulsion de Monsieur Diallo n’ont pas porté atteinte à ses droits propres tels que reconnus par la législations congolaise”<sup>90</sup>. Thus, it is argued that Guinea has to prove its case, while the DRC merely has to meet a threshold of what is plausible. That evidently is not an approach that the Court can sanction. If I can slip into colloquial English for a moment, evidently what is sauce for the goose is also sauce for the gander — “ce qui vaut pour l’un, vaut évidemment pour l’autre”.

17. As I said in opening at this stage, all that need be demonstrated is the existence of shareholders’ rights, and a case that such rights have been defeated<sup>91</sup>. But at least there is now a further element of common ground between the Parties. The DRC now accepts the existence of shareholders’ rights as pleaded by Guinea, save for Article 78; there is an issue as to the application of Articles 71 and 75, but I hope I have dealt with that. The real issue that rests is an issue of fact — whether the rights relied on have been violated. But the Court cannot, of course, decide that issue now.

Madam President, Members of the Court, that concludes my submissions and I thank you very much for your attention. Madam President — and I have to say Mr. President sounds quite wrong in my ears — may I ask you now to call on Professor Pellet.

---

<sup>89</sup>CR 2006/52, p. 12, para. 10.

<sup>90</sup>CR 2006/52, p. 12, paras. 10-11.

<sup>91</sup>CR 2006/51, p. 36, para. 29 (*b*).

The PRESIDENT: Thank you, Mr. Wordsworth. I call Professor Pellet.

M. PELLET: Thank you very much, Madam President. Maybe it would be safer for French-speaking counsel to call you “Madam President” even in French!

#### **IV. LA PROTECTION DE MONSIEUR DIALLO PAR LA GUINÉE EN SA QUALITÉ D’ACTIONNAIRE DE SOCIÉTÉS CONGOLAISES POUR LE PRÉJUDICE SUBI PAR CES SOCIÉTÉS**

1. Madame le président, Messieurs les juges, avant que l’agent de la République de Guinée lise les conclusions finales de celle-ci, je me propose de répondre à l’argumentation développée lors de l’audience de mercredi par le professeur Mazyambo au sujet de la protection diplomatique de M. Diallo en sa qualité d’actionnaire de sociétés formellement congolaises pour le préjudice subi par ces sociétés.

2. S’agissant de cette question, de la «protection par substitution», le professeur Mazyambo, dans une plaidoirie très sobre et très claire, a repris le plan que j’avais moi-même suivi mardi dernier et s’est employé à montrer d’une part que cette protection était exclue par le droit international positif, d’autre part — et je cite les termes dont il s’est servi, car je ne reconnais pas notre thèse dans cette formulation, qu’«[a]ucune circonstance particulière ne permet l’application de l’équité dans la présente espèce»<sup>92</sup>. Je suivrai à mon tour cette démarche, en précisant d’emblée que même si elle le peut, il n’est sans doute pas indispensable que la Cour prenne une position générale sur la portée de la règle (juridique et pas simplement équitable) de la protection par substitution ; il lui suffit bien plutôt de constater qu’en raison des circonstances particulières de la présente espèce, cette forme de protection est applicable ici dans son acception la plus étroite.

#### **I. L’exception de la protection par substitution**

3. Madame le président, Madam President, au bénéfice de ces précisions, je vais, à nouveau, m’interroger dans un premier temps sur la question de savoir si, oui ou non, l’Etat national de l’unique actionnaire d’une société ayant la nationalité de l’Etat défendeur peut exercer sa protection en faveur de celui-ci au titre des préjudices subis par sa société. Selon le Congo, qui a pris grand soin de ne pas mentionner l’article 11 *b*) du projet de la CDI, qui dispose pourtant de la question,

---

<sup>92</sup> CR 2006/52, p. 16, titre 2.

«ni la jurisprudence de la Cour, ni la pratique des Etats ne consacre[rait] l'hypothèse de la protection diplomatique par substitution»<sup>93</sup>.

4. La jurisprudence de la Cour d'abord. A l'appui de ses dires, le professeur Mazyambo a cité le paragraphe 93 de l'arrêt *Barcelona Traction* de 1970 — mais ce paragraphe ne peut être lu isolément (en tout cas pas de celui qui le précède immédiatement, le paragraphe 92 ; *C.I.J. Recueil 1970*, p. 48, par. 92). Mon contradicteur a également mentionné des extraits des positions prises par deux juges dans leurs opinions individuelles (*ibid.*, par. 16-17).

5. Il ne fait guère de doute :

- d'une part, que les juges de 1970 ont été divisés sur la positivité de la protection par substitution ; et,
- d'autre part, que la «thèse», présentée au paragraphe 92 et «selon laquelle l'Etat des actionnaires aurait le droit [ce conditionnel reflète la division des membres de la haute juridiction] d'exercer sa protection diplomatique lorsque l'Etat dont la responsabilité est en cause est l'Etat national de la société», traduisait le sentiment de la majorité de la Cour<sup>94</sup>.

6. S'il est exact que deux juges, Morelli et Padilla Nervo (*ibid.*, p. 240-241 ; p. 257-259) ont joint des opinions individuelles critiquant, *de lege ferenda*, l'exception réservée par la Cour — celle d'Ammoun (*ibid.*, p. 218 [*sic*]), que la Guinée avait généreusement rattachée à ce courant de pensée dans ses observations du 7 juillet 2003<sup>95</sup> semble, à bien la lire, pencher plutôt en sens inverse, comme celles des juges Fitzmaurice, Jessup et Tanaka (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 71-75, n<sup>os</sup> 13-20 ; p. 191-193, par. 51-52 ; et p. 134 ; voir aussi l'opinion individuelle du juge Wellington Koo jointe à l'arrêt du 24 juillet 1964, *Barcelona Traction (exceptions préliminaires)*, *C.I.J. Recueil 1964*, p. 58, par. 20)<sup>96</sup>, qui rejoignaient d'ailleurs sur ce point la position du Gouvernement espagnol lui-même (voir l'opinion individuelle précitée du juge Tanaka, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 134). Au surplus, on doit sans doute considérer que le silence gardé par les

---

<sup>93</sup> CR 2006/52, p. 13, par. 14 (Mazyambo).

<sup>94</sup> Sir Robert Jennings et sir Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, 9<sup>e</sup> éd., vol. I, Longman, London/ New York, 1996, p. 520 (note 14).

<sup>95</sup> P. 47, par. 2.03.

<sup>96</sup> Voir MG, p. 93-96, par. 4.53-4.96 ou OG, p. 47, par. 2.45-2.46.

autres juges sur un problème qui avait visiblement fait l'objet de longues délibérations, que ce silence constitue plutôt une présomption d'accord avec la position dont l'arrêt s'était fait l'écho.

7. De toute manière, la question n'est pas tant de savoir combien de juges se prononçaient en faveur de l'une ou de l'autre de ces solutions, mais d'apprécier le bien-fondé des arguments qu'ils faisaient valoir à l'appui de leurs positions respectives. Celle de Padilla Nervo était exclusivement «idéologique» et reposait sur une dénonciation des atteintes supposées à la souveraineté qui résulteraient de l'exception à la règle de l'absence de *jus standi* de l'Etat national des actionnaires, présentée comme un instrument de «la mainmise des intérêts privés de sociétés étrangères» (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 259) — ceci ne cadre guère avec les circonstances de notre espèce : on ne peut vraiment pas soupçonner la Guinée d'être l'instrument du grand capital international, etc. ; et l'on voit mal pourquoi la protection des actionnaires (qui ne peut, tout le monde en est d'accord, jouer que tout à fait exceptionnellement) serait plus attentatoire à la souveraineté que la protection des sociétés étrangères elles-mêmes. J'ajoute que le juge Padilla Nervo reconnaissait qu'après avoir été dans son sens, la pratique des Etats-Unis et du Royaume-Uni — des acteurs importants dans ce domaine — contredisait sa position (*ibid.*, p. 258) et qu'il ne s'en est pas moins interrogé par ailleurs sur «l'existence d'un intérêt belge prépondérant» parmi les actionnaires de la BT (*ibid.*, p. 265). Quant à Morelli, son raisonnement était passablement circulaire puisqu'il soutenait en substance qu'admettre l'exception, cela reviendrait à reconnaître une protection directe des actionnaires ... ce qui est interdit par le droit international (voir en particulier *ibid.*, p. 241, par. 12) : c'est précisément ce qu'il faut démontrer.

8. Pour leur part, les juges majoritaires ont insisté sur la consécration de la règle par la coutume (et ceci est particulièrement frappant de la part de Jessup qui critique cette règle qu'il n'en tient pas moins clairement pour acquise et «généralement reçue» (*ibid.*, p. 191-193, par. 51-52, et l'abondante doctrine citée)). Comme l'écrit Paul de Visscher dans son cours de La Haye de 1961 (donc bien avant que les deux arrêts sur la BT soient rendus), — qui exprime une opinion que Fitzmaurice cite *in extenso* et fait sienne (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 70, par. 14, et p. 75, par. 19) : lorsque la société a la nationalité de l'Etat auteur du fait internationalement illicite,

«la personnalité morale n'est plus qu'une fiction vide de tout sens, dans laquelle il ne faut voir qu'un faisceau de droits individuels»<sup>97</sup>.

«Dans ce cas, dit-on, le juge international, qui n'est pas lié par les critères du droit interne, «perce le voile corporatif». Il serait plus exact de dire qu'il constate l'absence de toute personnalité effective, l'absence de tout intermédiaire valable entre les actionnaires et les droits lésés»<sup>98</sup>.

Comme l'a souligné le juge Gros dans l'opinion individuelle qu'il a jointe à l'arrêt de la *BT* : «En cette matière, il faut rechercher ce qui est raisonnable, à la fois sur le plan juridique et sur le plan des réalités de la vie économique.» (*C.I.J. Recueil 1970*, opinion individuelle du juge Gros, p. 279, par. 20.)

9. Ce sont, Madame le président, ces considérations qui inspirent la jurisprudence arbitrale du XIX<sup>e</sup> siècle et de la première partie du XX<sup>e</sup> siècle à laquelle le professeur Mazyambo s'est ensuite référé<sup>99</sup>. Comme notre contradicteur s'est borné, sur ce point, à renvoyer aux exceptions préliminaires de la RDC, je me permets, à mon tour, Madame et Messieurs les juges, d'attirer votre attention sur les passages du mémoire<sup>100</sup> et des observations<sup>101</sup> de la Guinée dans lesquels nous avons montré la pertinence et la portée de cette jurisprudence, qui admet indiscutablement la protection par substitution.

10. Un mot complémentaire seulement sur un aspect, auquel le Congo semble attacher une certaine importance : il n'est pas exact que, dans ces affaires<sup>102</sup>, «l'arbitre s'est basé sur un compromis qui, d'une part, lui permettait de juger sans se limiter à l'application du droit ... positif et, d'autre part, ... contenait clairement une renonciation de l'Etat défendeur à invoquer une exception l'empêchant de se prononcer sur le fond»<sup>103</sup>. J'ai donné mardi dernier l'exemple de l'affaire *Shufeldt*, dans laquelle, très nettement, l'arbitre s'est prononcé en droit, et alors que le compromis lui conférant compétence était muet sur la question de la représentation des actionnaires

---

<sup>97</sup> «La protection diplomatique des personnes morales», *RCADI* 1961, vol. 102, p. 465.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 477. Voir aussi J. Mervyn Jones, «Claims on Behalf of Nationals Who are Shareholders in Foreign Companies», *BYBIL*, vol. 26, 1949, p. 236.

<sup>99</sup> CR 2006/52, p. 15, par. 20.

<sup>100</sup> MG, p. 84-90, par. 4.30-4.44.

<sup>101</sup> OG, p. 48-52, par. 2.49-2.56.

<sup>102</sup> Voir aussi l'arrêt de la Chambre de la CIJ dans l'affaire *ELSI*, à la lumière de l'interprétation donnée dans l'opinion dissidente du juge Schwebel (*C.I.J. Recueil 1989*, p. 94) et, dans le même sens, le commentaire par la CDI de l'article 11 du projet d'articles sur la protection diplomatique, Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, supplément n 10 (A/61/10)*, rapport de la Commission du droit international, cinquante-huitième session (2006), par. 11 du commentaire.

<sup>103</sup> CR 2006/52, p. 15, par. 20 (Mazyambo).

d'une société nationale<sup>104</sup>. Et, la même chose est apparente, par exemple, à la lecture du compromis instituant le tribunal qui s'est prononcé dans l'affaire de la *Salvador Commercial Company*<sup>105</sup>.

11. Madame le président, il faut reconnaître qu'en matière de jurisprudence, autant les décisions anciennes sont relativement nombreuses, autant la moisson est maigre s'agissant des décisions récentes, postérieures à 1970. Mais il y a une raison à ceci : aujourd'hui, de plus en plus, les actionnaires se voient reconnaître des droits, non pas seulement substantiels, mais aussi d'action directe au plan international : la question qui nous préoccupe est résolue de cette manière. Ceci raréfie évidemment considérablement la pratique de la protection diplomatique dans des hypothèses de ce genre ; quant à la protection par la voie judiciaire devant la Cour, dans les cas où il n'existe aucune clause CIRDI ou équivalente, encore faudrait-il que la haute juridiction puisse être saisie sur le fondement de l'article 36 de son Statut ; l'hypothèse n'est pas si fréquente. L'objectif poursuivi par les traités bilatéraux d'investissement et la jurisprudence CIRDI explique aussi pourquoi cette pratique est pertinente en ce qui nous concerne : les deux institutions (de la protection diplomatique, d'une part, et de l'action directe des actionnaires, d'autre part) sont sous-tendues par la même considération fondamentale : l'impossibilité de laisser sans aucun espoir de protection les actionnaires étrangers de la société nationale d'un Etat auteur d'un fait internationalement illicite. Dans tous les cas où ils bénéficient d'un droit d'action, la justification de la protection par substitution disparaît ; par contraste, sa nécessité apparaît plus pressante encore lorsqu'il n'existe aucun droit de ce genre.

12. Il serait fâcheux et paradoxal que la Cour mondiale aille à contre-courant d'une tendance aussi nettement affirmée et qu'elle rigidifie le principe de la non-protection en revenant, un tiers de siècle plus tard, sur la «thèse» de la substitution accueillie avec faveur par la majorité en 1970. J'ajoute que l'exception au principe général (que nul ne remet en cause) de l'impossibilité de protection des actionnaires est plus acceptable encore dans le cadre de la protection diplomatique que dans celui d'un traité bilatéral d'investissement, dans la mesure où, dans le premier cas (la

---

<sup>104</sup> CR 2006/51, p. 40, par. 7.

<sup>105</sup> Protocole du 19 décembre 1901 entre les Etats-Unis d'Amérique et la République de Salvador, RSA, vol. II, p. 459-461.

protection diplomatique), on peut compter sur le «filtre» de l'Etat, qui, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, pourra déterminer si la protection de l'actionnaire est légitime ou non au vu des faits de l'espèce, tandis que, dans le cas des TBI (traités bilatéraux d'investissements), l'actionnaire est seul juge de l'opportunité de la saisine d'un tribunal.

13. Très naturellement, Madame le président, ceci me conduit à dire quelques mots des circonstances propres à l'espèce qui imposent, avec une force particulière, l'application de l'exception — c'est-à-dire de la protection par substitution.

## **II. Les circonstances de l'affaire imposent avec une force particulière l'application de la règle de la protection par substitution**

14. Toutefois, je tiens à dire d'emblée et très fermement que la Guinée ne demande pas à la Cour «d'appliquer l'équité», comme le professeur Mazyambo voudrait le faire croire<sup>106</sup>, mais de bien vouloir déclarer sa requête recevable sur la base d'une règle juridique, qui répond elle-même à des considérations équitables, ce qui est tout différent. En outre, contrairement aux allégations du Congo qui, lui, invoque l'équité pour tenter d'empêcher l'application de la règle de la protection par substitution<sup>107</sup>, aucune raison, d'équité ou autre, ne s'oppose à l'application de cette règle en l'espèce — bien au contraire.

15. Mon aimable contradicteur fait preuve d'un art consommé de l'ellipse lorsqu'il aborde ce sujet. Il résume, certes, les arguments de la Guinée<sup>108</sup>, mais il n'y répond que par trois brèves affirmations, qu'il ne cherche pas à étayer plus avant et dont je vais dire quelques mots successivement :

1. «les SPRL constituent des individualités distinctes de leurs associés»<sup>109</sup> ; je n'ai nullement prétendu le contraire — du reste, si ce n'était pas le cas, la question de la protection diplomatique par substitution ne se poserait pas ; en revanche j'ai souligné qu'il s'agit de sociétés d'un type bien particulier, différent des sociétés anonymes, seules en cause dans l'affaire de la *BT*, et caractérisées par un élément *intuitu personae* important<sup>110</sup> ; celui-ci se

---

<sup>106</sup> CR 2006/52, p. 16, 2, et par. 22 ou 23.

<sup>107</sup> Cf. EP, p. 90-101, par. 2.85-2.105.

<sup>108</sup> CR 2006/52, p. 16, par. 22.

<sup>109</sup> CR 2006/52, p. 16, par. 24.

<sup>110</sup> CR 2006/51, p. 48, par. 24-25.

traduit, par exemple, par un élément crucial que j'avais souligné mardi<sup>111</sup> et que néglige le professeur Mazyambo : la non-cessibilité des parts sociales qui accentue considérablement le caractère *intuitu personae* de ces sociétés, très différentes à cet égard des sociétés anonymes ; en l'espèce, la «personnalisation» de la société est même envahissante, du fait de la double qualité d'unique gérant et de seul associé (directement ou indirectement) de M. Diallo — étant entendu que si, vraiment, le droit congolais devait être interprété comme excluant la transformation d'une société constituée entre deux ou plusieurs personnes en une société unipersonnelle, le voile corporatif disparaîtrait et, pour le coup, la confusion totale de patrimoines et de personnalités entre M. Diallo et Africom-Zaire serait avérée. Et là, on n'aurait plus besoin de protection par substitution ;

2. «Les associés des SPRL n'engagent leur responsabilité que jusqu'à concurrence de leurs apports. Aucune disposition de la loi congolaise ne dit le contraire», nous a dit le professeur Mazyambo<sup>112</sup> ; cela n'est pas tout à fait exact : le droit congolais envisage en effet une responsabilité illimitée des fondateurs d'une SPRL dans certains cas particuliers<sup>113</sup> ; enfin, *last but not least* ;
3. la législation congolaise n'établirait pas de distinction entre les sociétés commerciales de même nature constituées en vertu du droit congolais par des nationaux ou par des étrangers<sup>114</sup> ; j'ai montré mardi que ce n'est pas exact<sup>115</sup> et je me réfère en particulier à l'ordonnance-loi du 24 avril 1966 qui subordonne l'immatriculation au registre du commerce des étrangers, des sociétés étrangères *et de certaines sociétés zairoises* à des garanties financières<sup>116</sup> ; je me réfère aussi à l'article 3 de la loi particulière sur le commerce du 5 janvier 1973<sup>117</sup> ; qu'on les appelle «nationales étrangères» ou «étrangères nationales», les sociétés contrôlées par les étrangers ne

---

<sup>111</sup> *Ibid.*, par. 25.

<sup>112</sup> CR 2006/52, p. 17, par. 25.

<sup>113</sup> Voir les articles 103 et 106 du décret du 27 février 1887, dossier des juges, onglet n° 4.

<sup>114</sup> CR 2006/52, p. 16, par. 23.

<sup>115</sup> Voir CR 2006/51, p. 47-48, par. 23.

<sup>116</sup> Voir dossier des juges, onglet n° 5.

<sup>117</sup> Voir dossier des juges, onglet n° 6.

bénéficient pas au Zaïre, et maintenant au Congo, du même traitement que celles dont le capital est aux mains des Congolais.

16. Au surplus, je rappelle que M. Diallo n'avait pas le choix : il *devait* constituer ses sociétés au Zaïre et les soumettre au droit zaïrois, aussi désavantageux et discriminatoire qu'il fût, faute de quoi il lui eût été purement et simplement impossible d'exercer dans ce pays des activités commerciales<sup>118</sup>. Le professeur Mazyambo ne l'a nullement contesté mais il n'a tiré aucune conséquence de ce point d'accord entre les Parties. Il en est cependant une, inéluctable : le principe de la protection par substitution doit s'appliquer à fortiori dès lors que la constitution des sociétés en question au Zaïre «était une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans cet Etat»<sup>119</sup>. Il s'agit là du noyau le plus dur de la règle, du cas dans lequel sa mise en œuvre est le plus indiscutable — et indiscutée puisque même la Commission du droit international l'admet, alors qu'elle en a retenu, avec beaucoup d'hésitation<sup>120</sup>, une conception particulièrement restrictive. Madame le président, non seulement, la protection diplomatique par substitution des actionnaires étrangers d'une société ayant la nationalité de l'Etat responsable est possible dans tous les cas, mais cette possibilité doit particulièrement se réaliser lorsque la constitution de la société dans cet Etat est imposée par lui<sup>121</sup> — comme c'est le cas en l'espèce.

17. Encore une fois, Madame le président, la Guinée n'en appelle pas à l'équité contre le droit ; elle vous prie seulement de faire une «application raisonnable» (*Barcelona Traction Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 49, par. 93,*) du droit. C'est parce que, écrivait Jessup, la possibilité de la protection par substitution

«tient dans une large mesure à des considérations d'équité et le résultat [en] est tellement raisonnable qu'[elle] a été accepté[e] dans la pratique des Etats... Les considérations d'équité [celles qui sous-tendent la règle de droit positif qui permet cette protection, pas celles qui viendraient contredire ou corriger un principe contraire] sont particulièrement frappantes lorsque l'Etat défendeur n'admet des investissements étrangers qu'à condition que les investisseurs constituent une société aux termes de son droit national.» (*Ibid.*, opinion individuelle du juge Jessup, p. 191-192.)<sup>122</sup>

---

<sup>118</sup> Voir CR 2006/51, p. 46-47, par. 20-21.

<sup>119</sup> Article 11 du projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique.

<sup>120</sup> Cf. CR 2006/51, p. 46, par. 20 (Pellet).

<sup>121</sup> Voir le commentaire de la CDI de l'article 11 du projet d'articles sur la protection diplomatique, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, supplément n° 10 (A/61/10)*, rapport de la Commission du droit international, cinquante-huitième session (2006), par. 12) du commentaire.

Tout, Madame le président et Messieurs les juges, le droit et l'équité, les exigences de la justice et les circonstances particulières de l'affaire, tout concourt à ce que vous acceptiez que la Guinée agisse pour la protection des droits de M. Diallo pour les préjudices qu'il a subis directement, en tant qu'homme et en tant qu'actionnaire, mais aussi, en cette dernière qualité pour le préjudice subi par les sociétés Africom-Zaïre et Africontainers.

18. Madame le président, je ne pense pas qu'il soit utile de résumer l'ensemble des arguments de la République de Guinée. Vous les avez entendus, Madame et Messieurs les juges, avec patience et attention, et il vous appartient de les confronter à ceux que vous a présentés la République démocratique du Congo. Je voudrais seulement en quelques phrases insister une dernière fois sur ce qui nous paraît essentiel.

19. Et d'abord sur ceci : à plusieurs reprises, le Congo a «fait comme si», la protection des «droits patrimoniaux» de M. Diallo était la seule préoccupation de la Guinée et éclipserait ou absorberait, en quelque sorte, celle relative aux droits humains, consulaires ou autres de celui-ci<sup>123</sup> — au point que, dans les conclusions lues par M. l'agent de la République démocratique du Congo avant-hier, les demandes de la Guinée sont présentées comme visant «*essentiellement* à obtenir la réparation des dommages résultant de la violation des droits» des sociétés de M. Diallo<sup>124</sup>. Il va de soi que ce n'est pas le cas : la Guinée demande d'abord et avant tout que les mauvais traitements dont M. Diallo, en tant qu'être humain, a été victime — ses arrestations, son expulsion arbitraire, dans tous les cas par des décisions non motivées — fassent l'objet d'une constatation judiciaire et donnent, en tant que tels, lieu à réparation. Simplement comme la recevabilité de la requête n'est pas contestée sur ce point par le Congo, il ne nous a pas paru utile d'y insister en plaidoirie. Si besoin est, je rappelle très formellement que la condamnation par la cour, avec toutes conséquences de droit, de l'arrestation arbitraire et de l'expulsion de son ressortissant, des conditions de sa détention et de son expulsion et du refus d'assurer à M. Diallo le bénéfice des dispositions de la convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires, tout cela

---

<sup>123</sup> Voir par exemple, EPC, p. 44, par. 1.59-1.60, CR 2006/50, p. 42-43, par. 96-99 (Kalala) ; p. 52, par. 33 (Mazyambo), CR 2006/52, p. 12, par. 11 (Mazyambo) ; voir aussi les conclusions de la RDC, CR 2006/52, p. 30, 1) (Masangu-Mwanza).

<sup>124</sup> CR 2006/52, p. 30, 1) ; les italiques sont de nous.

demeure l'un des objectifs essentiels de la République de Guinée comme cela ressort du premier paragraphe des conclusions figurant à la fin du mémoire<sup>125</sup>.

20. Il reste — mais l'un n'empêche nullement l'autre —, que ces graves incidents sont aussi à l'origine des préjudices causés à M. Diallo et à ses sociétés : c'est *parce qu'il a été arrêté et expulsé* qu'il a été empêché de jouir de ses droits d'associé et que ces sociétés n'ont pu exercer leurs droits et ont subi, à leur tour des préjudices graves qui justifient la protection par substitution dont je viens de parler. Et c'est également — en partie en tout cas ; il y a aussi d'autres raisons — *parce qu'il a été arrêté et expulsé* dans les conditions que l'on sait, que M. Diallo n'a pu épuiser complètement les recours internes, ce que la RDC a, aujourd'hui, bien mauvaise grâce à lui reprocher.

21. Madame le président, ceci conclut les plaidoiries de la République de Guinée dont les conclusions vont maintenant être présentées par son agent, M. Mohamed Camara, en application de l'article 60, paragraphe 2, du Règlement de la Cour. Pour ma part, il me reste, Madame et Messieurs les juges, à vous remercier très vivement de votre attention.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Pellet. I now call upon the Agent of the Republic of Guinea, Mr. Mohamed Camara, to present the final submissions.

M. CAMARA : Merci.

## V. CONCLUSIONS DE LA RÉPUBLIQUE DE GUINÉE

1. Madame le président, Messieurs les juges, avant de lire, en effet, les conclusions formelles de la République de Guinée, permettez-moi de vous dire à quel point mon pays attend avec confiance l'arrêt que vous êtes appelés à rendre sur les exceptions préliminaires que la République démocratique du Congo a cru devoir soulever pour tenter de faire obstacle à l'exercice de votre juridiction. Nous sommes convaincus que vous les rejetterez pour les raisons, juridiques, que nos conseils et avocats ont développées devant vous et pour celles qui sont exposées dans nos observations. Ce faisant, non seulement vous aurez dit le droit, mais vous aurez fait justice en

---

<sup>125</sup> MG, p. 108, par. 5.1, 1).

permettant à mon pays d'exposer, au fond, les abus et les iniquités graves dont M. Diallo a été arbitrairement victime en violation du droit international.

2. Je saisis cette occasion pour remercier l'équipe de plaidoirie de la Guinée, y compris MM. Daniel Müller et Luke Vidal qui n'ont pas pris la parole devant vous mais qui se sont dévoués dans l'ombre à des tâches parfois ingrates. Mes vifs remerciements vont aussi aux interprètes, au greffier et à tout le personnel du Greffe, et, bien sûr, à vous-mêmes, Madame et Messieurs de la Cour qui nous avez prêtés une oreille attentive et patiente.

3. Mais je vais maintenant lire les conclusions de la République de Guinée :

Pour les motifs qui ont été exposés tant dans ses observations du 7 juillet 2003 que lors des plaidoiries orales, la République de Guinée, prie la Cour internationale de Justice de bien vouloir :

- 1) rejeter les exceptions préliminaires soulevées par la République démocratique du Congo ;
- 2) déclarer la requête de la République de Guinée recevable ; et
- 3) fixer les délais relatifs à la poursuite de la procédure.

Merci beaucoup, Madame le président.

The PRESIDENT: Thank you, Mr. Camara. The Court takes note of the final submissions which you have read on behalf of the Republic of Guinea, as it took note on Wednesday of the final submissions of the Democratic Republic of the Congo.

This brings us to the end of this week of hearings devoted to the oral argument of the Parties, and it remains for me to thank the representatives of the two Parties for the assistance they have given the Court by their oral observations in the course of the hearings.

I wish them a happy return to their respective countries and, in accordance with practice, I would ask the Agents to remain at the Court's disposal. Subject to this reservation, I declare the present oral proceedings now closed.

The Court will retire for deliberation. The Agents of the Parties will be advised in due course of the date on which the Court will deliver its judgment.

As the Court has no other business before it, the sitting is closed.

*The Court rose at 11.40 a.m.*

---