

### DÉCLARATION DE M. LE JUGE *AD HOC* MAHIOU

1. Pour répondre aux exceptions préliminaires invoquées par la RDC tendant à soutenir que la requête guinéenne serait irrecevable, la Cour commence par identifier les trois catégories de droits dont la Guinée veut assurer la protection en recourant à la protection diplomatique et qui sont les suivants: ceux de M. Diallo en tant qu'individu, ses droits propres d'associé dans les deux sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre et, enfin, les droits desdites sociétés. S'agissant, d'une part, de l'atteinte aux droits personnels de M. Diallo, résultant notamment de son arrestation et de son expulsion ainsi que des mauvais traitements subis et, d'autre part, de l'atteinte à ses droits propres d'associé, je souscris pleinement aux conclusions de la Cour selon lesquelles la Guinée a qualité pour agir, qu'elle a satisfait à la règle de l'épuisement des recours internes et qu'elle peut donc prendre fait et cause en faveur de son ressortissant pour la protection de ces deux catégories de droits.

2. J'ajouterai cependant une brève observation concernant les droits propres d'associé de M. Diallo pour relever que la Cour a ainsi confirmé et explicité la position qu'elle avait prise précédemment dans l'affaire de la *Barcelona Traction*; en effet, dans l'arrêt du 15 février 1970, la Cour avait introduit une distinction entre les droits de la société et les droits propres des actionnaires en déclarant:

«La situation est différente si les actes incriminés sont dirigés contre les droits propres des actionnaires en tant que tels. Il est bien connu que le droit interne leur confère des droits distincts de ceux de la société... S'il est porté atteinte à l'un de leurs droits propres, les actionnaires ont un droit de recours indépendant.» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 36, par. 47.)

Il y a donc un droit de recours propre reconnu en faveur de l'actionnaire, indépendamment de celui ouvert à la société; il en découle en même temps la possibilité de mise en œuvre de la protection diplomatique par l'Etat dont l'actionnaire est le ressortissant en cas d'atteinte à ses droits propres, quelle que soit la nationalité de la société en cause. Ce droit fait désormais partie des règles du droit international coutumier puisque tout Etat est en droit d'exercer sa protection diplomatique en cas de violation des droits de son ressortissant, et l'article 12 du projet d'articles de la Commission du droit international (CDI) sur la protection diplomatique, adopté en 2006, ne fait que confirmer cette règle en disposant ce qui suit:

«Dans la mesure où un fait internationalement illicite d'un Etat porte directement atteinte aux droits des actionnaires en tant que tels, droits qui sont distincts de ceux de la société, l'Etat de nationalité desdits actionnaires est en droit d'exercer sa protection diplomatique à leur profit.» (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale*, doc. A/61/10, rapport de la Commission du droit international, cinquante-huitième session, supplément n° 10, p. 67.)

3. S'agissant des droits des sociétés dont M. Diallo est l'unique actionnaire et propriétaire, tout en souscrivant aux prémisses du raisonnement retenu par la Cour, je ne suis pas en mesure de souscrire à la conclusion à laquelle elle parvient. En effet, la Cour prend comme point de départ de son raisonnement la position adoptée à propos de ce problème dans l'affaire précitée de la *Barcelona Traction*; après avoir énoncé la solution de principe selon laquelle les droits d'une société ne peuvent être protégés que par l'Etat dont elle a la nationalité et non par l'Etat ou les Etats des actionnaires, la Cour évoque une éventuelle exception en disant ce qui suit:

«Certes on a soutenu que, pour des raisons d'équité, un Etat devrait pouvoir assumer dans certains cas la protection de ses ressortissants actionnaires d'une société victime d'une violation du droit international. Ainsi, une thèse s'est développée selon laquelle l'Etat des actionnaires aurait le droit d'exercer sa protection diplomatique lorsque l'Etat dont la responsabilité est en cause est l'Etat national de la société. Quelle que soit la validité de cette thèse, elle ne saurait aucunement être appliquée à la présente affaire, puisque l'Espagne n'est pas l'Etat national de la *Barcelona Traction*.» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 48, par. 92.)

4. Il s'agit donc d'une «thèse» que la Cour s'est limitée à évoquer, mais sans la discuter ni à fortiori la trancher, car les circonstances de l'affaire de la *Barcelona Traction* ne s'y prêtaient pas; en effet, on était en présence d'une relation triangulaire mettant en cause trois Etats: l'Espagne en tant que pays d'accueil de la société, le Canada en tant que pays de la nationalité de la société et la Belgique en tant que pays de la nationalité des actionnaires de la société. On sait qu'une autre occasion s'était présentée devant la Chambre de la Cour avec l'affaire *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie)* puisque, cette fois, on était bien en présence d'une société italienne dont les actionnaires américains se plaignaient de mesures prises par les autorités italiennes contre cette société. Toutefois, la Chambre de la Cour a statué et résolu le problème sans avoir eu à s'interroger sur le débat évoqué en 1970 et il est tout à fait frappant de constater que la Chambre a passé sous silence l'affaire de la *Barcelona Traction* tout au long de l'arrêt du 20 juillet 1989;

ce silence peut paraître étonnant, même s'il est vrai qu'il peut s'expliquer par le fait que, d'une part, le problème n'a pas été posé clairement devant la Chambre par la Partie défenderesse, qui n'a pas soulevé la question du *jus standi* des Etats-Unis, et, d'autre part, la solution a trouvé son fondement dans le cadre des accords bilatéraux conclus entre l'Italie et les Etats-Unis en matière de protection des investissements, sans qu'il y ait lieu de s'interroger outre mesure sur d'autres aspects, notamment le point de savoir s'il y avait une règle de droit international coutumier pouvant justifier la protection des actionnaires dans un tel cas.

5. Voilà que la Cour est à nouveau invitée, avec la présente affaire, à se pencher sur le même problème pour compléter sa jurisprudence et apporter les clarifications utiles sur cette question de la protection diplomatique des actionnaires. Il est vrai que, entre-temps, la question a mûri en raison de l'apport de la doctrine, de la pratique des Etats, des conventions internationales bilatérales ou multilatérales, de la jurisprudence des tribunaux internationaux. Pour autant, la solution n'est pas encore claire et l'on aurait attendu de la Cour qu'elle tranche la question de savoir s'il existe une règle coutumière en la matière. La Cour n'a pas répondu à cette attente parce qu'elle constate qu'il n'y a pas d'éléments suffisamment convaincants pour tirer une conclusion claire et ferme; cette position est sans doute trop prudente, mais elle peut se comprendre dans la mesure où la Cour n'entend pas faire œuvre de législateur, surtout que la question est en débat devant les Etats depuis qu'ils sont saisis du projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique. Il incombe aux Etats d'indiquer la solution à retenir sur la base des propositions de la CDI et plus précisément de l'article 11 du projet précité qui dispose:

«Un Etat de nationalité des actionnaires d'une société ne peut exercer sa protection diplomatique à l'égard desdits actionnaires lorsqu'un préjudice est causé à la société que:

- a) si la société a cessé d'exister d'après la loi de l'Etat où elle s'est constituée pour un motif sans rapport avec le préjudice; ou
- b) si la société avait, à la date du préjudice, la nationalité de l'Etat qui est réputé en être responsable et si sa constitution dans cet Etat était une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans le même Etat.» (Rapport précité, p. 59.)

6. Si une telle solution est retenue, elle me semble tenir compte d'un équilibre entre la protection légitime des actionnaires et le souci de ne pas remettre en cause le régime classique de la protection diplomatique; elle s'efforce d'identifier les conditions permettant de faire prévaloir une exception dans ce régime sans cependant aboutir à une ingérence abusive dans les relations entre un Etat et des sociétés ayant sa nationalité et relevant normalement de sa pleine juridiction. Explicitant et développant le raisonnement esquissé par la Cour en 1970, la CDI pense qu'il y a une exception possible à condition que sa mise en œuvre soit subordonnée à des restrictions afin de ne pas ouvrir la voie à des réclamations excessives

ou abusives de nature à créer des désordres dans les relations économiques internationales; ces conditions sont au nombre de deux et tiennent respectivement à une exigence de nationalité et à une exigence statutaire.

7. D'une part, la société visée par le préjudice doit avoir la nationalité de l'Etat qui a pris les mesures préjudiciables; dans une telle situation, la protection diplomatique n'existe plus puisque :

- d'un côté, l'Etat national de la société ne va pas l'exercer contre lui-même, car on se trouve alors dans la situation décrite par le juge Tanaka en 1970 dans son opinion individuelle où «il est impossible, en fait comme en droit, de compter que l'Etat national de la société protégera les actionnaires» (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 134);
- et de l'autre, aucun autre Etat ne peut prendre fait et cause pour ladite société faute d'un lien de nationalité.

Dès lors, si l'on veut offrir aux actionnaires étrangers un minimum de protection, la seule issue possible est de leur reconnaître le bénéfice de la protection diplomatique de l'Etat dont ils ont la nationalité. Une telle solution, très controversée il y a quelques années, l'est moins aujourd'hui du fait de l'évolution à laquelle on a fait allusion et surtout du climat beaucoup plus favorable à l'encouragement des investissements étrangers.

8. D'autre part, la constitution de la société dans cet Etat est requise pour qu'elle puisse exercer ses activités; si la société n'a plus le choix pour l'implantation de son siège social, cette contrainte, qui empêche le jeu normal de la protection diplomatique en faveur de la société par un autre Etat, ne doit pas priver les actionnaires étrangers de celle-ci de toute protection; ceux-ci doivent pouvoir défendre leurs droits et donc bénéficier éventuellement du droit à la protection diplomatique de l'Etat dont ils sont les ressortissants. Il apparaît ainsi qu'il ne s'agit pas de défendre tout actionnaire de n'importe quelle société, mais de voir les circonstances dans lesquelles l'exception se justifie et où les conditions requises pour son invocation sont raisonnables et convaincantes; dans de telles circonstances et conditions, la protection des droits de l'actionnaire se justifie en tant que dernier recours, ainsi que le relève la Cour dans le paragraphe 88 de l'arrêt.

La Cour estime que la présente affaire relève de la seconde exception prévue à l'alinéa *b)* de l'article 11 du projet d'articles de la CDI que les commentaires de la Commission éclairent de façon succincte mais suffisante pour en justifier le fondement; elle déclare dans le paragraphe 88 de l'arrêt :

«La théorie de la protection diplomatique par substitution vise en effet à offrir une protection aux actionnaires étrangers d'une société qui ne pourraient pas invoquer le bénéfice d'un accord international, et auxquels aucun autre recours ne serait ouvert, dans la mesure où les actes prétendument illicites auraient été commis à l'encontre de la société par l'Etat de la nationalité de celle-ci.»

9. Cependant, tout en se référant à cette théorie de la protection diplomatique, la Cour considère qu'elle ne s'applique pas en l'espèce, rejoignant ainsi la solution de l'affaire de la *Barcelona Traction* mais sur un autre fondement. En effet, après avoir constaté que la première condition est satisfaite — puisque les deux sociétés en cause ont bien la nationalité de l'Etat congolais, auteur des actes illicites —, elle estime que la seconde condition n'est pas satisfaite, puisque cette nationalité résulte d'un libre choix de leur propriétaire et non d'une exigence du droit local pour que la protection diplomatique puisse être invoquée. Certes, le choix de la nationalité congolaise a été fait par M. Diallo, mais il apparaît hâtif et contestable de conclure que c'est un libre choix comme le fait la Cour dans les paragraphes 92 et 93 de l'arrêt.

10. La liberté de choix est plus une apparence qu'une réalité lorsque l'on analyse le droit congolais. Selon l'ordonnance-loi n° 66-341 du 7 juin 1966, toute entreprise dont l'activité principale se situe au Congo était tenue d'avoir son siège administratif et social dans ce pays. Bien que l'ordonnance-loi semble distinguer le siège administratif (art. 1) du siège social, elle finit par les confondre (art. 2-3) et elle impose finalement d'avoir à la fois le siège administratif et social au Congo dès lors que le «principal siège d'exploitation est situé au Congo» (art. 1). Etant donné que le principal — et l'on peut même dire l'unique — siège d'exploitation des deux sociétés de M. Diallo est effectivement situé au Congo, cela signifie obligatoirement leur établissement et leur incorporation dans ce pays. Elles n'avaient pas le choix car, à défaut d'une telle incorporation, «elles seront rayées d'office du registre du commerce» (art. 2, al. 2)), ce qui les empêcherait d'exister ou d'avoir des activités au Congo. Par conséquent, en raison de cette situation de fait et de droit, il semble bien que, dans cette affaire, on se situe dans la perspective de l'alinéa *b)* de l'article 11 du projet de la CDI correspondant à la situation où il serait légitime que le droit à la protection diplomatique de l'Etat de nationalité des actionnaires puisse jouer lorsque des mesures préjudiciables ont été prises par l'Etat contre la société ayant sa nationalité. C'est pourquoi, tout en souscrivant à la démarche de la Cour, je ne peux cependant souscrire ni à l'interprétation qu'elle donne de la législation congolaise ni, par voie de conséquence, à la conclusion finale qu'elle retient sur cette base à l'alinéa *b)* du paragraphe 1 et à l'alinéa *c)* du paragraphe 3 du dispositif.

11. Je voudrais maintenant aborder un autre aspect du problème apparu en raison des développements nouveaux depuis la fin de la procédure orale. Alors que l'affaire semblait relever du seul alinéa *b)* de l'article 11 du projet de la CDI, l'affaire pourrait relever également de l'alinéa *a)* de l'article 11, dans la mesure où l'une des deux sociétés de M. Diallo — la société Africom-Zaïre — aurait disparu du fait des autorités congolaises qui l'auraient radiée du registre des sociétés établies dans ce pays.

12. Dans le paragraphe 22, l'arrêt relève, en se basant sur la lettre du 31 janvier 2007 de la RDC relative à la société Africom-Zaïre, que celle-ci

aurait «cessé toutes ses activités depuis le milieu des années quatre-vingt», ce qui aurait mené à la radiation automatique de son immatriculation au registre de commerce. Il s'agit là d'un élément nouveau — survenu depuis la fin de la procédure orale concernant les exceptions préliminaires — susceptible d'avoir des conséquences directes sur le déroulement de la présente instance qu'il conviendrait d'envisager. Le paragraphe 59 de l'arrêt fait allusion au problème mais d'une manière qui ne m'apparaît pas satisfaisante; il ne suffit pas, à mon avis, pour réserver toutes les implications à venir et surtout il convient de veiller à ce que la décision de la Cour sur les exceptions préliminaires n'empêche pas le demandeur de soulever le problème lorsque l'affaire sera examinée au fond. En effet, si la disparition d'Africom-Zaïre devait se confirmer, cela créerait une situation où il n'y aurait plus de possibilité pour cette société de faire valoir directement ses droits par elle-même et de défendre ainsi les droits et intérêts de son actionnaire unique. Cette impossibilité définitive de toute action par l'intermédiaire de la société priverait ainsi son actionnaire unique de tout recours si on lui refusait le jeu de la protection diplomatique par la Guinée; on se trouverait alors devant une solution injuste contraire non seulement à l'équité, mais aussi aux principes fondamentaux régissant les droits de la défense et les droits de l'homme. Ce problème a préoccupé la Cour, la Commission du droit international et la doctrine.

13. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour l'évoque très expressément en tant que première exception à la règle classique de la protection diplomatique dans les paragraphes 64 à 68 (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 40-41). Certes, elle conclut dans cette affaire que la société n'a pas disparu et, de ce fait, cette exception n'était pas pertinente en l'espèce. Toutefois, on peut inférer du raisonnement de la Cour que, si l'hypothèse de la disparition avait été établie, elle se serait prononcée sans aucun doute en faveur du jeu de l'exception. C'est la solution retenue dans l'alinéa *a*) de l'article 11 précité du projet de la CDI qui en fait la première exception à la règle générale de la protection diplomatique permettant à l'Etat national de l'actionnaire d'agir «[s]i la société a cessé d'exister d'après la loi de l'Etat où elle s'est constituée». Une telle solution, déjà défendue dans le passé par une partie de la doctrine, semble maintenant très largement partagée depuis l'affaire de la *Barcelona Traction*. En conclusion, il me semble que la Cour aurait dû dire plus nettement et plus clairement, dans le présent arrêt, qu'elle réservait expressément la situation pouvant résulter de la confirmation d'une disparition de la société Africom-Zaïre avec les conséquences susceptibles d'en découler pour la suite de la procédure.

(Signé) Ahmed MAHIU.