

OPINION DISSIDENTE COMMUNE
DE MM. LES JUGES AL-KHASAWNEH ET YUSUF

[Traduction]

Impossibilité de souscrire au point 6 du dispositif — Violation des droits de M. Diallo en tant qu'unique associé — Lien de causalité entre son expulsion et les violations de ses droits en tant qu'associé — Précédent dangereux pour les investisseurs étrangers — Différence par rapport aux investisseurs protégés par un traité — Développements modernes dans le domaine des investissements étrangers — Etat du droit laissant à désirer — Distinction entre personnalité morale et personnalité de l'actionnaire — Distinction inhérente à la notion de responsabilité limitée — Distinction toutefois non absolue — Différences par rapport à la Barcelona Traction — Relation triangulaire — Situation dans laquelle l'Etat national de la société se trouve être le même que l'Etat dont la responsabilité est invoquée — Considérations d'équité — Arrêt de la Barcelona Traction dépassé par les faits — Arrêt de 2007 revêtant l'autorité de la chose jugée — Prise en compte des droits propres de l'associé ne remettant pas en question cette autorité — Droits propres incluant le droit de propriété — Importance de la taille de la société et des personnes qui la dirigent — Occasion manquée pour la Cour, en ne reconnaissant pas les droits de M. Diallo, d'accorder réparation — Occasion manquée, également, de prendre acte des récents développements du droit des investissements et du droit relatif aux droits de l'homme.

Nous regrettons de ne pouvoir nous associer au point 6 du dispositif, dans lequel la Cour «[d]it que la République démocratique du Congo n'a pas violé les droits propres de M. Diallo en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre», et ne jugeons pas non plus convaincants le raisonnement et les considérations sur lesquels repose cette conclusion.

Bien au contraire, nous estimons que, en arrêtant et en détendant à deux reprises M. Diallo, une première fois en 1988-1989 (cas dans lequel la Cour a conclu à l'irrecevabilité) et une seconde fois en 1995-1996, cette dernière incarceration étant suivie de son expulsion du territoire congolais, la RDC a commis une profonde injustice à l'égard de l'intéressé, non seulement en tant que personne, mais également en tant qu'unique associé et gérant de ses deux sociétés — une injustice qu'a encore aggravée le laps de temps prodigieux qui s'est écoulé avant que l'affaire ne soit tranchée (douze ans, depuis le dépôt de la requête de la République de Guinée).

Cette injustice commence avec le traitement réservé à M. Diallo par les autorités congolaises en 1995-1996 (arrêt, par. 165, points 2, 3 et 4), jugé illicite par la Cour, et avec son «arrestation et [sa] détention visant à ... [la] mesure d'expulsion», jugées quant à elles arbitraires, ainsi qu'avec

le fait, également reconnu par la Cour (dans ce qui est peut-être la seule concession à la réalité qu'elle ait faite dans ce passage de l'arrêt), que

«il est difficile de ne pas percevoir un lien entre l'expulsion de M. Diallo et le fait qu'il ait tenté d'obtenir le recouvrement des créances qu'il estimait être dues à ses sociétés par, notamment, l'Etat zaïrois ou des entreprises dans lesquelles ce dernier détient une part importante du capital, en saisissant à cette fin les juridictions civiles» (arrêt, par. 82).

Dans son arrêt toutefois, la Cour se refuse à tirer la conclusion évidente et inéluctable qu'appellent, sauf le respect que nous lui devons, les constatations qui précèdent. Il ne fait aucun doute que l'expulsion de M. Diallo n'était pas une fin en soi. Elle était, selon toute probabilité, destinée à contrarier les tentatives faites par l'intéressé pour obtenir le recouvrement de ses créances. Telle en a tout au moins été la conséquence — chose que les autorités congolaises savaient, ou auraient dû savoir.

L'énormité de l'injustice commise à l'encontre de M. Diallo peut également se mesurer à une autre aune. M. Diallo n'était pas un actionnaire parmi bien d'autres, «séparé [de la société] par de nombreuses barrières» et ne pouvant, dès lors, «être identifié» à celle-ci, à la différence du cas visé au paragraphe 41 de l'arrêt rendu en l'affaire de la *Barcelona Traction (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 34, par. 41)*. Il ne formait, dans la pratique, qu'un avec les deux sociétés. En outre, ses parts sociales ne représentaient pas une petite fraction de sa fortune, elles formaient pratiquement toute sa richesse, de sorte que, en conséquence des mesures prises à son encontre par les autorités congolaises, M. Diallo s'est trouvé réduit à l'état d'indigence.

Or, compte tenu de l'arrêt rendu, cette injustice ne s'arrêtera pas à M. Diallo. Il pourrait, en effet, s'agir d'un dangereux précédent pour les investisseurs étrangers. Un Etat cherchant à exproprier les actifs d'une société unipersonnelle (le terme «unipersonnelle» étant ici utilisé pour désigner une société privée à responsabilité limitée qui en est venue à ne compter qu'un associé gérant, et a été autorisée à mener des transactions en tant que telle, ou une société composée seulement d'un petit nombre d'associés) n'aurait qu'à en expulser de son sol l'associé. Si l'Etat ayant procédé à l'expropriation se trouve être aussi l'Etat national de la société, et donc l'Etat supposé en assurer la protection, l'investisseur n'aura aucune possibilité d'obtenir réparation. En d'autres termes, une telle mesure se traduira concrètement par une expropriation indirecte non soumise à l'obligation d'indemnisation ou à la nécessité de démontrer l'existence d'un intérêt public qui viendrait la légitimer.

Heureusement, les investisseurs étrangers dont les investissements sont couverts par des traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissement seraient à l'abri de tels risques. Ces traités vont généralement bien au-delà de ce qu'a demandé la Guinée en l'espèce, en ce qu'ils accordent, notam-

ment, une protection au moyen de mécanismes bien précis, tels que l'arbitrage obligatoire, la décharge de l'obligation d'épuiser les voies de recours internes, l'élargissement de la portée de la notion d'«investissement», la constitution de la société selon le droit de l'Etat national des actionnaires ou d'un Etat tiers, etc. Cette situation nouvelle née de l'évolution du droit des investissements étrangers a conduit à abandonner purement et simplement la distinction entre personnalité morale de l'entreprise et personnalité des actionnaires, avec pour conséquence un net décalage entre la norme existant en droit international coutumier et celle contenue dans la plupart des traités d'investissement, la protection offerte par la première (pour autant qu'elle soit reflétée dans l'arrêt rendu en l'affaire de la *Barcelona Traction*) étant bien moindre que celle prévue par les traités d'investissement. Au vu de ce décalage, le moins que l'on puisse dire de cet état du droit international coutumier est qu'il laisse à désirer.

Le raisonnement qui sous-tend aussi bien l'arrêt du 24 mai 2007 sur les exceptions préliminaires que la présente décision est que la distinction entre les droits de la société, d'une part, et les «simples intérêts des actionnaires», de l'autre, ressortit, intrinsèquement, à la nature même des sociétés anonymes ou des sociétés à responsabilité limitée. L'argument consiste ainsi à affirmer que, les actionnaires étant protégés en droit interne (notion transposée, par analogie, en droit international) contre l'exposition de l'ensemble de leurs actifs aux risques encourus, ils doivent, selon la même logique, être prêts à accepter des pertes limitées à la partie de leur richesse constituée par leur apport individuel au capital de la société, la Fortune étant une divinité capricieuse dont le droit, impuissant à garantir les humeurs, peut, tout au plus, tempérer l'inconstance par l'institution de la responsabilité limitée. Pour reprendre les termes employés au paragraphe 42 de l'arrêt rendu en l'affaire de la *Barcelona Traction*, «les droits des actionnaires à l'égard de la société et de ses biens restent limités, ce qui est d'ailleurs un corollaire du caractère limité de leur responsabilité» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 35, par. 42; les italiques sont de nous).

Cela est peut-être vrai en règle générale. Toutefois, dans le domaine du droit interne, qui a vu naître la notion de responsabilité limitée, les actionnaires ne se sont jamais vu refuser la protection dont sir Gerald Fitzmaurice, dans son opinion individuelle en l'affaire de la *Barcelona Traction*, expliquait qu'elle faisait contrepoids à ce qu'il appelait l'«hégémonie» de la société (*ibid.*, p. 68, par. 8). Dans cette opinion qui, pour beaucoup, a fait date, le juge Fitzmaurice a analysé les raisons pour lesquelles le droit interne n'autorisait pas un actionnaire à tenter un recours en protection des droits de la société alors même qu'un préjudice causé à celle-ci pouvait avoir sur lui des répercussions directes ou indirectes :

«La véritable raison (extérieure au droit mais sous-jacente à celui-ci) qui justifie que l'on dénie à l'actionnaire la possibilité d'agir

lorsqu'il y a atteinte aux droits de la *société* est que normalement il n'a pas besoin de le faire. La *société* agira et, ce faisant, protégera automatiquement non seulement ses propres intérêts mais aussi ceux des actionnaires. On part donc de la double hypothèse que la société est capable d'agir et qu'elle le fera, à moins d'avoir des raisons impérieuses de s'abstenir dans son propre intérêt et donc indirectement dans celui des actionnaires.» (*C.I.J. Recueil 1970*, opinion individuelle du juge sir Gerald Fitzmaurice, p. 68-69, par. 10.)

Cette hypothèse ne tient pas dans le domaine du droit international. L'Etat national de la société conserve toute discrétion pour décider d'agir ou non pour le compte de la société. Rappelons d'ailleurs que les observations du juge Fitzmaurice portaient sur des faits propres à l'affaire de la *Barcelona Traction*, dans laquelle le Canada, Etat protecteur, quoique ayant parfois agi au nom de la société, s'était pour l'essentiel abstenu de le faire.

C'est là *a priori* un aspect encore plus pertinent compte tenu des circonstances de l'espèce, en laquelle l'Etat national des deux sociétés, Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, est précisément celui auquel est imputé l'acte illicite.

Dans un autre passage de son opinion individuelle, le juge Fitzmaurice envisageait précisément ce cas de figure :

«*En réalité il semble qu'il n'y ait qu'un seul type de situation où l'intervention du gouvernement d'actionnaires étrangers soit plus ou moins nettement admise : quand la société intéressée a la nationalité de l'Etat responsable des actes ou du dommage dont il est fait grief et quand ceux-ci, ou les conséquences qui en découlent, sont de nature à mettre la société dans l'incapacité de facto de protéger ses intérêts et, partant, ceux des actionnaires.* Il est évident que, dans les cas de ce genre, aucune intervention ni réclamation pour le compte de la *société* elle-même ne saurait par hypothèse être possible sur le plan international puisque, d'une part, il s'agit d'une société nationale et non étrangère et que, d'autre part, l'autorité à laquelle la société devrait pouvoir s'adresser pour obtenir appui ou protection est précisément l'auteur du préjudice. Par conséquent, *ce qui arrive en l'occurrence ce n'est pas tellement que la règle normale d'intervention par le gouvernement de la société, pour le compte de la seule société, devient inapplicable, mais qu'elle perd toute pertinence et toute signification.* La personne morale étant devenue impuissante et incapable d'agir utilement, les actionnaires viennent en quelque sorte se substituer à la direction pour assurer la protection des intérêts de la société par tous les moyens légaux qui leur sont ouverts. Si certains actionnaires sont de nationalité étrangère, l'un de ces moyens consiste à solliciter l'intervention de leur gouvernement, ce qui doit être considéré comme admissible dans ces conditions.» (*Ibid.*, p. 72-73, par. 14; les premiers et troisièmes italiques sont de nous.)

A l'appui de cette affirmation, le juge Fitzmaurice citait Paul de Visser¹:

«Il en découle nécessairement que si la justification rationnelle de la technique de la personnalité morale vient à s'écrouler par le fait même de l'Etat dont le droit régit le statut et l'allégeance de la personne morale, la personnalité morale n'est plus qu'une fiction vide de tout sens, dans laquelle il ne faut plus voir qu'un faisceau de droits individuels.»

D'aucuns argueront qu'il ne s'agit là que d'une opinion individuelle, et que la Cour, dans l'arrêt qu'elle a rendu au principal en l'affaire de la *Barcelona Traction*, n'a pas adopté cette manière de voir. Or, il apparaît que tel n'est pas le cas.

Il importe tout d'abord de rappeler que, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour se trouvait face à une «relation triangulaire», pour reprendre ses termes (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 42, par. 69), dans laquelle les trois sommets du triangle étaient le Canada, l'Espagne et la Belgique. Examinant les liens entre les trois gouvernements, la Cour a conclu ceci:

«En somme il ressort du dossier qu'à partir de 1948 le Gouvernement canadien a fait auprès du Gouvernement espagnol de nombreuses démarches dans lesquelles on ne saurait voir autre chose que l'exercice de la protection diplomatique de la société *Barcelona Traction*. *Il ne s'agit donc pas d'un cas où la protection diplomatique a été refusée, ni d'un cas où elle est restée théorique.*» (*Ibid.*, p. 43-44, par. 76; les italiques sont de nous.)

Bien qu'ayant essentiellement affaire à une relation triangulaire, la Cour n'en a pas moins envisagé le cas où, pour des raisons d'équité, lorsque l'Etat dont la responsabilité est en cause est l'Etat national de la société, l'Etat national des actionnaires peut assumer la protection de ceux-ci, affirmant:

«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*.

En revanche la Cour estime que, dans le domaine de la protection diplomatique comme dans tous les autres domaines, le droit interna-

¹ Paul de Visser, «La protection diplomatique des personnes morales», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 102 (1961), p. 465.

tional exige une application raisonnable. Il a été suggéré que, si l'on ne peut appliquer dans un cas d'espèce la règle générale selon laquelle le droit de protection diplomatique d'une société revient à son Etat national, il pourrait être indiqué, pour des raisons d'équité, que la protection des actionnaires en cause soit assurée par leur propre Etat national. L'hypothèse envisagée ne correspond pas aux circonstances de la présente affaire.

Etant donné toutefois la nature discrétionnaire de la protection diplomatique, les considérations d'équité ne sauraient exiger plus que la possibilité de voir intervenir un Etat protecteur, qu'il s'agisse, en vertu de la règle générale exposée plus haut, de l'Etat national de la société ou, à titre subsidiaire, de l'Etat national des actionnaires réclamant protection.» (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 48, par. 92-94.)

Quoique la Cour poursuive en mentionnant les raisons pratiques qui pourraient militer contre l'opportunité de fonder ainsi le droit d'exercer la protection sur des considérations d'équité, tout particulièrement si les investisseurs sont nombreux, de nationalités différentes et détenteurs de parts minoritaires, elle n'a jamais exclu, par principe, le recours à la protection diplomatique des actionnaires en l'absence d'un Etat protecteur. Or, nous ne saurions songer à un cas où des considérations d'équité se seraient trouvées plus justifiées qu'en la présente espèce, dans laquelle il n'existait, au surplus, aucun risque de voir le fait d'«ouvr[ir] la voie à des réclamations diplomatiques concurrentes» créer un climat «de confusion et d'insécurité dans les relations économiques internationales» (*ibid.*, p. 49, par. 96).

En outre, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour a pris soin de souligner que sa conclusion (quant à la distinction entre la personnalité de la société et celle des actionnaires) s'inscrivait dans le cadre des circonstances propres à l'espèce. En précisant que, «[p]our les motifs [qu'elle avait] indiqués, la Cour n'[était] pas d'avis que, *dans les circonstances particulières de [l']affaire*, des considérations d'équité [fussent] de nature à conférer qualité pour agir au Gouvernement belge» (*ibid.*, p. 50, par. 101; les italiques sont de nous), elle reconnaissait, que, dans d'autres cas de figure, cette qualité pouvait *a contrario* être conférée pour des raisons d'équité (équité *infra legem*).

Il est également à relever que les juges qui ont fait leurs conclusions concernant le défaut de qualité de l'Etat des actionnaires en l'affaire de la *Barcelona Traction* étaient, pour une large part, animés par la crainte, fort concrète et peut-être légitime, que la reconnaissance à l'Etat national du droit d'agir en protection de ses actionnaires ne mène à des abus de la part de pays exportateurs de capitaux et à l'instauration d'un néo-colonialisme économique². Le juge Ammoun citait ainsi, entre autres, les travaux de l'Institut de droit international en ces termes:

² Le juge Ammoun cite les opinions de MM. Nagendra Singh (Inde), Kamil Yasseen (Irak) et Nihat Erim (Turquie), et, en note de bas de page, les observations du professeur Rolin.

«Quant à l'Institut de droit international, il eut à étudier en 1967, à la session de Nice, le problème des investissements dans les pays en voie de développement. Les juristes du groupe afro-asiatique qui ont participé aux travaux de cette session ont exprimé l'opinion de leur groupe en répondant par la négative à la question de savoir si «les actionnaires sont en droit de demander la protection diplomatique de leur Etat au cas où la société dans laquelle ils ont investi ne peut ou ne veut pas la demander elle-même à l'encontre du pays en voie de développement».» (*C.I.J. Recueil 1970*, opinion individuelle du juge Ammoun, p. 330, par. 39.)

L'ironie veut que la réalité ait dépassé toutes les appréhensions. La prolifération des traités d'investissement bilatéraux et multilatéraux, et l'affirmation par certains Etats d'un droit, parfois inscrit dans leur législation³, d'intervenir en vue de protéger les intérêts de leurs ressortissants actionnaires de sociétés étrangères, conjuguées à une évolution parallèle dans le domaine des droits de l'homme, sur laquelle nous reviendrons un peu plus loin, ont toutes eu pour conséquence que le faible degré de protection reconnu aux actionnaires par le droit coutumier n'est plus désormais le lot que des seuls damnés de la terre, tel M. Diallo. Un résultat que n'escomptaient assurément pas les juges dont la préoccupation première était, pour reprendre les termes employés par le professeur Rolin,

«d'encourager les investissements au profit des pays en voie de développement en donnant des garanties de part et d'autre, tant à ces pays eux-mêmes, pour éviter un néo-colonialisme économique amenant leur sujétion aux pays riches, que pour mettre les investisseurs à l'abri de certains risques» (cité par le juge Ammoun, *ibid.*, p. 330, note de bas de page n° 83).

Quoi qu'il en soit, c'est une interprétation restrictive et, à notre humble avis, infondée de l'arrêt rendu en l'affaire de la *Barcelona Traction* qui s'est frayé un chemin dans l'arrêt de 2007 sur les exceptions préliminaires, dans lequel la Cour a retenu l'exception de la RDC «en ce qu'elle a trait à la protection de M. Diallo pour les atteintes alléguées aux droits des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre» (*Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 617, point 1, al. b), du dispositif). Cette conclusion est maintenant revêtue de l'autorité de la chose jugée.

Toutefois, dans ce même arrêt, la Cour a rejeté l'exception de la RDC «en ce qu'elle a trait à la protection des droits propres de M. Diallo en

³ Selon les règles applicables aux réclamations internationales (*Rules Applying to International Claims*) édictées par le Royaume-Uni en 1985, «lorsqu'un ressortissant britannique possède un intérêt, en tant, par exemple, qu'actionnaire, dans une société constituée selon le droit d'un autre Etat, dont elle a en conséquence la nationalité, et que ledit Etat lèse cette société, le Gouvernement de Sa Majesté peut intervenir pour protéger les intérêts du ressortissant britannique» (Rule VI, dans *ICLQ*, vol. 37 (1988), p. 1007 (réimpr.)).

tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre» (*C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 617, point 1, al. a), du dispositif). C'est sur ces droits, qui ne relèvent pas de la chose jugée, que nous allons à présent nous pencher.

Il convient de rappeler que la Cour, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, a fait la distinction entre, d'une part, les droits de la société et les *intérêts* des actionnaires⁴ (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 36, par. 46), et, d'autre part, les droits de la société et les *droits propres* des actionnaires (*ibid.*, p. 36, par. 47), écrivant :

«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, parmi lesquels le droit aux dividendes déclarés, le droit de prendre part aux assemblées générales et d'y voter, le droit à une partie du reliquat d'actif de la société lors de la liquidation. S'il est porté atteinte à l'un de leurs droits propres, les actionnaires ont un droit de recours indépendant. Il n'y a pas de divergences de vues entre les Parties sur ce point. Il convient toutefois de distinguer entre une atteinte directe aux droits des actionnaires et les difficultés ou pertes financières auxquelles ils peuvent se trouver exposés en raison de la situation de la société.» (*Ibid.*, p. 36, par. 47.)

La Cour n'a pas approfondi à cette occasion les conséquences de cette distinction; le Gouvernement belge n'ayant pas «fond[é] ... sa demande sur une atteinte aux droits propres des actionnaires, elle ne [pouvait] aller au-delà de la demande telle qu'elle a[vait] été formulée» par ce gouvernement (*ibid.*, p. 37, par. 49).

En la présente espèce, en revanche, la Guinée a (re)formulé sa demande en termes d'atteinte aux droits propres de M. Diallo en tant qu'associé (paragraphe 13 de l'arrêt). En outre, l'énumération de ces droits contenue dans l'arrêt rendu en l'affaire de la *Barcelona Traction* n'étant pas exhaustive (comme en témoigne l'usage de l'expression «parmi lesquels»), la Guinée a ajouté aux trois droits mentionnés alors un quatrième ensemble de droits: les droits «de propriété et de direction des sociétés qu[e M. Diallo] a[vait] fondées en RDC» et dont il était l'unique associé; le droit de «poursuivre le recouvrement des nombreuses créances qui lui [étaient] dues, à lui-même et auxdites sociétés, tant par la RDC elle-même que par d'autres co-contractants»; et le droit de ne pas être l'objet d'une expropriation de fait.

Ces droits et les atteintes à ces droits ne peuvent être mesurés à l'aune d'un critère unique, indépendamment de la taille de la société en ques-

⁴ S'agissant de cette dernière distinction, la Cour, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, a ainsi, à propos de ces droits, apporté la précision suivante: «La responsabilité n'est pas engagée si un simple intérêt est touché; elle ne l'est que si un droit est violé, de sorte que des actes qui ne visent et n'atteignent que les droits de la société n'impliquent aucune responsabilité à l'égard des actionnaires même si leurs intérêts en souffrent.» (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 36, par. 46).

tion, ou du caractère central du rôle joué par certains individus dans la gestion de cette société. En l'affaire de la *Barcelona Traction* — dans le cadre de laquelle l'actionnaire ne pouvait «être identifié à la société, dont il [était] séparé par de nombreuses barrières» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 34, par. 41; les italiques sont de nous) —, il aurait été tout à fait légitime de faire état du droit de tenir des assemblées générales et de nommer un gérant.

La présente affaire, toutefois, se distingue incontestablement de celle de la *Barcelona Traction* à cet égard. Les deux sociétés étaient devenues des sociétés unipersonnelles, fonctionnant en tant que telles en RDC — fait que les Parties ne contestent pas —, et leur unique associé en était aussi le gérant. Faire obligation à l'associé de tenir des assemblées générales, ou prendre prétexte de ce que celui-ci ne l'a pas fait pour affirmer que ses droits de prendre part aux assemblées générales et d'y voter, de nommer un gérant ou encore de contrôler la gérance des sociétés n'ont pas été violés, est parfaitement surréaliste (un associé/gérant impécunieux et en exil se réunissant en assemblée générale avec lui-même?).

Au paragraphe 115 du présent arrêt, la Cour, manifestement, cherche à s'en excuser. Ce paragraphe mérite d'être cité *in extenso* :

«Dans les motifs qui vont suivre, la Cour veillera à maintenir strictement la distinction entre les atteintes alléguées aux droits des deux SPRL en cause et les atteintes alléguées aux droits propres de M. Diallo en tant qu'associé de celles-ci (voir *C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 605-606, par. 62-63). Qu'une telle distinction puisse paraître artificielle dans le cas d'une SPRL dont les parts sociales sont détenues en fait par un seul associé, la Cour le conçoit. Elle n'en reste pas moins juridiquement fondée, et il est indispensable de l'observer rigoureusement dans la présente affaire. La Guinée elle-même accepte, dans la phase actuelle de la procédure, cette distinction, et la plupart de ses arguments sont précisément fondés sur elle. La Cour doit se prononcer sur les prétentions du demandeur telles que celui-ci les a présentées.»

La Guinée a bien sûr dû accepter cette distinction, compte tenu de l'autorité de la chose jugée dont est revêtu l'arrêt de 2007. Toutefois, nous pensons que rien n'empêchait la Cour de prendre acte de la réalité de la situation et, plus particulièrement, de ce que, lorsqu'il n'y a de fait qu'un associé/gérant, l'atteinte aux droits de la société est *ipso facto* une atteinte aux droits propres de son propriétaire.

En insistant pour appliquer de manière dogmatique une solution toute faite, celle offerte par la *Barcelona Traction* (ou plus exactement par une interprétation étroite de cette décision, ne prenant pas en compte l'absence d'un Etat protecteur), la Cour a manqué l'occasion qui lui était donnée d'accorder réparation à M. Diallo, sur la base de considérations d'équité, sans pour autant porter atteinte à l'autorité formelle dont est investi son arrêt de 2007. Non moins important, elle a manqué une occasion

d'aligner la norme de protection applicable à des investisseurs tels que M. Diallo sur celle que l'on trouve désormais dans la jurisprudence de juridictions arbitrales et régionales, norme dont, ainsi qu'évoqué plus haut, il est loisible de penser qu'elle est devenue une norme internationale minimale dont même les investisseurs non couverts par des traités d'investissement bilatéraux ou multilatéraux peuvent se prévaloir.

C'est à cette évolution récente, pertinente pour les questions qui nous occupent ici, que, afin de déterminer l'état actuel du droit, nous allons nous intéresser dans la dernière partie de la présente opinion dissidente commune.

Nous voudrions toutefois commencer par préciser que, lorsque nous parlons d'évolution récente, nous n'entendons pas pour autant minimiser l'importance de précédents plus anciens — citons notamment les affaires suivantes: *Delagoa Bay Railway Company*; *Mexican Eagle Company*; *Romano-Americana*⁵; *El Triunfo* (sentence du 8 mai 1902)⁶; *Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers* (sentence du 5 août 1926)⁷.

Il y a, pensons-nous, trois développements dans le droit moderne régissant le traitement par les Etats des investissements étrangers qui, cumulés, pourraient justifier de revenir sur la règle énoncée dans l'affaire de la *Barcelona Traction* concernant la qualité pour agir. Ils portent sur la protection contre l'expropriation indirecte; la protection diplomatique des actionnaires contre l'Etat national de la société; et la portée des traités bilatéraux d'investissement.

Ainsi, en ce qui concerne l'expropriation indirecte, le tribunal des réclamations Iran/Etats-Unis a jugé qu'il y avait expropriation lorsque «l'ingérence de l'Etat dans les droits de propriété [était] telle que ces droits [étaient] rendus à ce point inutiles que leurs titulaires d[é]vaient être réputés avoir été expropriés» (*Iran-US Claims Tribunal Reports* 122, p. 154). De même, dans la sentence rendue le 29 mai 2003 en l'affaire *Tecmed v. United Mexican States* (CIRDI)⁸, il a été considéré qu'une expropriation devait être réputée avoir eu lieu si le plaignant «avait été privé de manière radicale de l'utilisation et de la jouissance économiques de ses investissements, comme si les droits qui y étaient rattachés ... avaient cessé d'exister» (p. 43, par. 115).

Tel est précisément le type de préjudice subi par les sociétés de M. Diallo, à la suite d'une expulsion qui, incontestablement, était illicite.

⁵ *Delagoa Bay Railway Company*, *Digest of International Law*, vol. VI, p. 648; *Mexican Eagle Company (El Aguila)*, M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. VIII, p. 1272-1274; *Romano-Americana*, Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, p. 841.

⁶ *El Triunfo*, sentence du 8 mai 1902, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV, p. 467.

⁷ *Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers*, sentence du 5 août 1926, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 790.

⁸ *Tecnicas Medioambientales Tecmed v. United Mexican States*, sentence du 29 mai 2003, CIRDI, affaire n° ARB (AF)/00/2.

Dans l'affaire *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre*⁹, le tribunal, qui avait également à connaître de l'expulsion de celui qui se trouvait être le pilier d'une société unipersonnelle (quoique constituée en société anonyme) — la MDCL —, s'est fondé sur le rôle central joué par M. Biloune dans la promotion, le financement et la gestion de cette société pour conclure que l'expulsion de l'intéressé avait de fait empêché la société de poursuivre l'exécution de son projet, cet état de fait constituant une expropriation non déclarée («constructive expropriation») des droits contractuels de la MDCL à l'égard du projet et, partant, une expropriation d'une valeur égale à celle des intérêts de M. Biloune dans la MDCL, dès lors que le défendeur ne pouvait établir, preuves concluantes à l'appui, que ces faits étaient suffisamment justifiés.

En ce qui concerne la protection des actionnaires en droit international, il suffit de rappeler une autre interprétation possible — et faite d'ailleurs par la Commission du droit international — du paragraphe 92 de l'arrêt rendu en l'affaire de la *Barcelona Traction*, à savoir que la Cour n'aurait pas contredit la thèse 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»¹⁰, s'étant contentée de noter que, «[q]uelle qu'[en] soit la validité[,] cette thèse ... ne saurait aucunement être appliquée à la présente affaire, puisque l'Espagne n'est pas l'Etat national de la Barcelona Traction» (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 48, par. 92). Enfin, s'agissant des traités bilatéraux d'investissement, il convient de relever que la protection qu'ils accordent aux investissements concernés est nettement plus étendue que celle demandée par la Guinée en la présente affaire. La protection garantie par les traités d'investissement englobe en effet des cas où l'actionnaire et la société ne peuvent s'identifier aussi étroitement l'un à l'autre que M. Diallo et ses deux sociétés, puisqu'elle s'étend notamment aux actionnaires minoritaires et à des actionnaires dont la société est constituée selon le droit d'un Etat tiers (comme l'était la Barcelona Traction).

Enfin, nous voudrions souligner en quelques mots les conséquences que certains développements intervenus dans le domaine des droits de l'homme ont eues sur le droit de ne pas être soumis à une expropriation directe ou indirecte. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a admis que le propriétaire exclusif d'une société pouvait se prétendre «victime» — au sens de l'article 34 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome en 1950 — de mesures dirigées contre son entreprise puisque, dans le cas d'une société unipersonnelle, il n'existait aucun risque de divergence d'opinion entre les

⁹ *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, sentence sur la compétence et la responsabilité, 27 octobre 1989, 95 ILR 184.

¹⁰ Commentaire relatif au projet d'article 11 *b)* sur la protection diplomatique, p. 64-67. (Rapport de la Commission du droit international, 58^e session, 1^{er} mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006, Nations Unies, doc. A/61/10.)

actionnaires ou entre les actionnaires et le conseil d'administration quant à la réalité des atteintes aux droits protégés par la convention ou quant à la réaction qu'elles appelaient (voir *Ankarcrona c. Suède* (déc.), n° 35178/97, 27 juin 2000; *Dyrwold c. Suède*, n° 12259/86, décision de la commission du 7 septembre 1990). Plus récemment, dans l'affaire *Nosov c. Russie* (déc.), n° 30877/02, 20 octobre 2005, la Cour a estimé que, en ce qui concerne la question de savoir si un actionnaire pouvait ou non être considéré comme victime, seules des circonstances exceptionnelles justifiaient de ne pas tenir compte de la qualité de personne morale d'une société — dès lors, par exemple, qu'il était clairement établi que celle-ci était dans l'impossibilité de saisir la Cour par l'intermédiaire des organes établis en vertu de ses statuts ou, dans le cas d'une liquidation ou d'une faillite, des liquidateurs ou du syndic de faillite.

En résumé, plusieurs raisons impérieuses commandaient à la Cour de ne pas faire sienne la conclusion selon laquelle les droits propres de M. Diallo en tant qu'associé n'ont pas été violés par les autorités de la RDC. Premièrement, les mesures des autorités de la RDC ayant abouti à l'incarcération puis à l'expulsion de M. Diallo et la perte des droits de propriété de l'intéressé dans ses sociétés qui s'en est suivie étaient, en raison du lien de causalité qui existait clairement entre elles, constitutives d'une expropriation non déclarée. Deuxièmement, la conclusion de la Cour repose sur une interprétation étroite et infondée de l'arrêt rendu en l'affaire de la *Barcelona Traction*, laquelle se distingue en tout état de cause de la présente espèce, en ce que celle-là portait sur une relation triangulaire tandis que, dans celle-ci, l'Etat national des sociétés (la RDC) était l'Etat accusé d'avoir commis un acte illicite.

Troisièmement, cette affaire constitue selon nous un dangereux précédent pour les investisseurs étrangers non protégés par des traités bilatéraux d'investissement. La faiblesse de la norme de protection, hors du cadre de ce type de traités, contraste nettement avec le champ d'application du droit moderne de l'investissement étranger, qui va bien au-delà de ce que la Guinée a demandé en la présente affaire. La Cour a ainsi manqué une occasion de rendre justice à M. Diallo et d'aligner la norme de protection existant en droit international coutumier sur celle qui est en vigueur dans le droit moderne des investissements.

(Signé) Awn Shawkat AL-KHASAWNEH.

(Signé) Abdulqawi Ahmed YUSUF.