

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE BENNOUNA

[Texte original français]

Lien entre l'arrestation, la détention et l'expulsion de M. Diallo et la violation de ses droits propres en tant qu'associé — Recouvrement des créances — Associé unique — Entrave à l'exercice des droits — Exercice des fonctions dévolues aux assemblées générales des sociétés — Droit de prendre part aux assemblées générales et d'y voter — Droit d'exercer les fonctions de gérant — Droit de surveiller et de contrôler la gérance des sociétés — Usus et fructus du droit de propriété sur les parts sociales.

1. J'ai voté contre le point 6 du dispositif de l'arrêt, qui «[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», étant convaincu que le caractère illicite et arbitraire de l'arrestation, de la détention et de l'expulsion de M. Diallo (points 2 à 4 du dispositif) a eu pour conséquence la violation de ses droits propres en tant qu'associé des deux sociétés.

2. La Cour avait réservé, dans son arrêt du 24 mai 2007 sur les exceptions préliminaires (*Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 606, par. 66), l'appréciation, au stade du fond, «[d]es effets sur ces divers droits [en tant qu'associé et gérant] des mesures prises à l'encontre de M. Diallo». Il est apparu clairement, lors de la phase au fond de cette affaire, que, si M. Diallo a été détenu à deux reprises, en 1988-1989 et en 1995-1996, puis expulsé finalement de la RDC, ce n'est pas par simple caprice des autorités de ce pays, mais parce qu'il avait tenté chaque fois d'obtenir le recouvrement des créances qui seraient dues à ses sociétés par l'Etat ou par des entreprises dans lesquelles ce dernier détient une part importante du capital. Ainsi, la créance de la société Africom-Zaïre sur l'Etat dans l'affaire du «papier-listing» a été reconnue par le ministre des finances, qui a émis des lettres de change pour son règlement, puis suspendue sur ordre du premier ministre le 14 janvier 1988, M. Diallo ayant été accusé d'«escroquerie». Il sera, le 25 janvier suivant, détenu et incarcéré, sur ordre du premier ministre, pendant près d'un an, sans jugement et sans que l'Etat ne se soit acquitté de sa dette à l'égard de la société Africom-Zaïre.

3. M. Diallo sera confronté à des difficultés similaires lorsqu'il a engagé des actions en justice pour récupérer les dettes dues par des entreprises pétrolières de la RDC à la société Africontainers-Zaïre. Il a obtenu ainsi du tribunal de grande instance de Kinshasa, le 13 juin 1995, la condamnation de la société Zaïre Shell au paiement d'une somme de 13 millions de dollars des Etats-Unis à la société Africontainers-Zaïre,

cette décision étant exécutoire. Mais il ne parviendra cependant jamais à la faire exécuter; ayant été l'objet d'un décret d'expulsion du premier ministre le 31 octobre de cette année, il sera arrêté dès le 5 novembre et expulsé de la RDC le 31 janvier 1996. Entre-temps, soit le 15 novembre 1995, les sociétés Zaïre Fina et Zaïre Mobil Oil ont saisi le premier ministre d'une lettre ayant pour objet la «tentative d'escroquerie et de déstabilisation des sociétés pétrolières par Diallo Ahmadou Sadio». Les deux sociétés appellent l'attention du premier ministre sur le fait que, «en juin 1995, M. Diallo Ahmadou Sadio, un sujet guinéen, a fait condamner Zaïre Shell à USD 13 000 000» et que, «fort de ce succès, M. Diallo menace actuellement Zaïre Mobil Oil et Zaïre Fina» sur la base de «créances à la fois imaginaires et extravagantes». Elles ajoutent qu'elles «craignent que la cupidité de Diallo ne mette en péril leur existence en compromettant leurs activités commerciales ainsi que la sécurité des emplois pour les travailleurs», avant de conclure: «c'est pourquoi nous sollicitons l'intervention du gouvernement pour prévenir les cours et tribunaux des agissements de M. Diallo Ahmadou Sadio dans son entreprise de déstabilisation des sociétés commerciales».

4. S'agissant d'une lettre adressée au premier ministre par des entreprises de la RDC où l'Etat détient une partie substantielle du capital, celle-ci montre bien le motif réel de la détention et de l'expulsion de M. Diallo, à savoir les actions qu'il a engagées devant la justice pour récupérer les créances détenues par la société Africontainers-Zaïre contre des entreprises congolaises. Il importe peu que cette lettre soit postérieure au décret d'expulsion, dans la mesure où elle se fonde sur la condamnation de la société Zaïre Shell, le 13 juin 1995, par le tribunal de grande instance de Kinshasa.

5. D'ailleurs, la Cour a relevé elle-même 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).

Mais elle n'en a pas tiré les conséquences quant aux atteintes, qui allaient résulter de l'expulsion, aux droits propres de M. Diallo en tant qu'associé.

6. Donc, manifestement, les autorités de la RDC ont voulu chasser M. Diallo du territoire de ce pays pour qu'il ne puisse plus exercer ses droits propres en tant qu'associé et gérant des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre. Il est dès lors difficile de comprendre comment la Cour peut conclure (point 6 du dispositif) à la non-violation, par la RDC, de ces droits, alors que l'objectif même de la mesure d'expulsion de M. Diallo était de l'empêcher de s'occuper de ses sociétés. En effet, cela reviendrait à reconnaître que les autorités de ce pays pouvaient se débarrasser ainsi de M. Diallo et l'écarter de la gestion de ses affaires, lesquelles

vont décliner rapidement, sans enfreindre en quoi que ce soit le droit international, qui permet à l'Etat national de M. Diallo de mettre en cause la responsabilité de la RDC pour des actes illicites portant atteinte aux droits propres de M. Diallo en tant qu'associé.

7. C'est dire à quel point les conclusions de la majorité, sur ce point, peuvent constituer un grave précédent si elles sont perçues comme un « blanc-seing » à des manœuvres destinées à neutraliser des investisseurs étrangers en les expulsant du territoire où ils exercent leurs activités. Une telle situation est d'autant plus préoccupante qu'il est admis, dans cette affaire, que M. Diallo est devenu, de fait, l'unique associé des deux sociétés et qu'il « dirigeait et contrôlait pleinement la société Africom-Zaïre, il dirigeait et contrôlait aussi pleinement, de manière directe ou indirecte, la société Africontainers-Zaïre » (arrêt, par. 110).

8. Certes, selon la jurisprudence *Barcelona Traction*, il y a une distinction entre les droits de l'actionnaire et ceux de la société, une atteinte aux seconds n'implique pas nécessairement une violation des premiers (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 36, par. 46*). Mais une coupure entre l'associé unique et sa société est susceptible d'entraîner une violation des droits de l'un et de l'autre. Cet associé étant privé de l'exercice de ses droits, la société va se trouver comme un navire à la dérive et elle finira inéluctablement par sombrer; ce qui sera le cas des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre.

9. Les droits propres de M. Diallo, tels que réclamés par la Guinée, concernent le droit de prendre part aux assemblées générales et d'y voter, le droit d'être nommé gérant et d'exercer ces fonctions, le droit de surveiller et de contrôler la gérance des sociétés et le droit de propriété sur les parts sociales (arrêt, par. 116).

10. S'agissant du droit de prendre part à des assemblées générales et d'y voter, la Cour relève qu'aucun élément n'atteste qu'une assemblée générale de l'une ou l'autre des sociétés se soit tenue avant ou après l'expulsion de M. Diallo, condition nécessaire pour que celui-ci puisse y participer. Elle se demande, dès lors, si M. Diallo a été privé du droit de convoquer l'assemblée générale, laquelle doit se tenir sur le territoire congolais, et conclut que tel n'a pas été le cas (*ibid.*, par. 121). Elle ajoute en outre que l'intéressé aurait pu se faire représenter par un mandataire.

11. Un tel raisonnement, qui s'attache à l'aspect purement formel du droit propre de M. Diallo de convoquer les assemblées générales de ses sociétés, lesquelles doivent se tenir en RDC, ne prend absolument pas en compte la nature du lien qui l'unit à celles-ci. En effet, étant l'unique associé, on conçoit aisément que M. Diallo exerçait directement lui-même les pouvoirs dévolus à l'assemblée générale, notamment l'affectation des bénéfices, et qu'en réalité le problème qui se posait, au lendemain de son expulsion, n'était pas tant le droit de convoquer l'assemblée générale que celui d'exercer les fonctions dévolues à celle-ci. Et, manifestement, il était le seul à pouvoir le faire et il en a été privé comme conséquence de son expulsion.

12. La majorité, relevant que M. Diallo pouvait nommer un mandataire pour la société Africom-Zaïre mais non pour Africontainers-Zaïre, a poussé le souci du formalisme au point de friser la caricature, soulignant que «M. Diallo pouvait, en sa qualité d'associé d'Africontainers-Zaïre, désigner le «représentant ou ... préposé» d'Africom-Zaïre pour le représenter à une assemblée générale d'Africontainers-Zaïre» (arrêt, par. 125).

13. Partant du fait que M. Diallo est partenaire de la société Africom-Zaïre (dont il est l'unique associé) dans Africontainers-Zaïre, la majorité a considéré que, en nommant son mandataire au titre de la première société, il ne tomberait plus sous le coup de l'interdiction prévue par l'article 22 du statut d'Africontainers-Zaïre. De telles contorsions formelles sont surprenantes, surtout qu'au bout du chemin le problème reste le même, à savoir que M. Diallo est privé de son droit d'exercer réellement les fonctions dévolues à l'assemblée générale de l'une ou l'autre des sociétés, dont il est l'unique associé.

14. Si l'on admet, comme l'avait souligné la Cour dans son arrêt de 2007 sur la compétence, que «M. Diallo, qui avait la qualité d'associé des deux sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, exerçait également les fonctions de gérant pour chacune d'entre elles», il reste encore à se demander si l'exercice de ces fonctions n'a pas été violé par la RDC. La Cour, statuant au fond, estime que, «[s]'il est vrai qu'il a pu être plus difficile pour M. Diallo d'exercer ses fonctions de gérant du fait qu'il se trouvait hors du territoire de la RDC, la Guinée n'a pas démontré que cela lui avait été impossible» (*ibid.*, par. 135). Or, on ne voit pas comment une telle démonstration pouvait se faire. Ne suffisait-il pas, pour la Cour, d'en revenir au contexte de l'expulsion de M. Diallo, qui avait été mis à l'index par les autorités congolaises, lesquelles l'ont accusé de corruption ainsi que d'avoir «compromis l'ordre public zairois spécialement en matière économique, financière et monétaire» (décret d'expulsion du 31 octobre 1995), pour en déduire qu'il lui était devenu *ipso facto* impossible d'exercer ses fonctions de gérant, dans la mesure où il n'était plus à même d'entrer en relation avec ses interlocuteurs congolais et notamment les administrations concernées par les créances de ses sociétés?

15. La Cour en arrive ensuite au droit de M. Diallo de surveiller et de contrôler les actes accomplis par la gérance, et relève que, «[s]'il est peut-être vrai que les détentions et l'expulsion de M. Diallo ont rendu plus difficile l'activité commerciale des sociétés, elles n'ont pu en aucun cas empêcher celui-ci de surveiller et de contrôler la gérance, quel que soit l'endroit où il se trouvait» (arrêt, par. 147). La Cour en reste là aussi à une affirmation de principe sans relation avec la réalité en cause, surtout lorsqu'on sait à quel point les activités de contrôle nécessitent une présence réelle, dans le pays concerné, du contrôleur, qui est en l'occurrence l'unique associé, même si celui-ci parvient à désigner des collaborateurs sur place en RDC.

16. Quant au droit de propriété de M. Diallo sur ses parts sociales, y compris son droit à percevoir un éventuel dividende ou tout autre montant en cas de liquidation des sociétés, la Cour se limite à dire qu'«il

n'existe ... aucune preuve de ce que des dividendes aient jamais été déclarés ou qu'une quelconque mesure ait été prise pour liquider les sociétés» (arrêt, par. 157). Pourtant M. Diallo vivait bien du revenu tiré de ses sociétés pendant qu'il résidait en RDC!

17. Quant au pouvoir de se prononcer sur la dissolution de la société qui revient à l'assemblée générale (article 99 du décret de 1887), il s'agit théoriquement d'un acte collectif nécessitant le vote des associés, mais dans le cas d'espèce la décision revenait à M. Diallo. Expulsé, il lui était impossible, en pratique, de procéder à la dissolution et à la liquidation de ses sociétés, ainsi qu'à la réalisation du reliquat de leur actif, sans compter que lesdites sociétés, laissées à l'abandon et privées du produit de leurs créances sur l'Etat congolais, avaient, entre-temps, complètement périclité. Alors, certes M. Diallo n'a pas été privé formellement de son droit de propriété sur ses parts sociales, mais dans les faits il a été privé entièrement de l'*usus* et du *fructus* de celui-ci, puisqu'il ne pouvait ni en tirer les dividendes ni en disposer réellement.

18. Dans cette affaire, l'entrave à l'exercice des droits de M. Diallo, comme conséquence de son expulsion, équivalait à mon avis, de la part de la RDC, à le priver de ses droits propres en tant qu'associé, commettant ainsi des actes illicites qui engagent sa responsabilité internationale. En distinguant, dans son arrêt du 24 mai 2007 sur les exceptions préliminaires, entre les droits des associés et ceux des sociétés, la Cour a voulu prendre en compte la structure juridique de celles-ci; en refusant de prendre en compte le droit de M. Diallo d'exercer ses droits d'associé, la Cour a, dans son arrêt du 30 novembre 2010 sur le fond, vidé ceux-ci de toute portée réelle.

(*Signé*) Mohamed BENNOUNA.