

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

AFFAIRE AHMADOU SADIO DIALLO
(RÉPUBLIQUE DE GUINÉE c.
REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO)

EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES

PRÉSENTÉES PAR

LA RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO

VOLUME I

1^{er} octobre 2002

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE I. LES FAITS SUR LESQUELS SONT FONDEES LES EXCEPTIONS D'IRRECEVABILITE	8
SECTION 1. L'INSTALLATION DE M. DIALLO AU ZAÏRE, LA CREATION DES SOCIETES AFRICOM-ZAÏRE ET AFRICONTAINERS-ZAÏRE, ET LEURS PREMIERES ANNEES D'ACTIVITES ..	11
SECTION 2. LE CONTENTIEUX D'AFRICOM-ZAÏRE AVEC L'ETAT ZAÏROIS.....	14
SECTION 2. LE CONTENTIEUX D'AFRICOM-ZAÏRE AVEC L'ETAT ZAÏROIS.....	14
SECTION 3. LE CONTENTIEUX D'AFRICONTAINERS-ZAÏRE AVEC LA GÉCAMINES.....	16
SECTION 4. LE CONTENTIEUX D'AFRICONTAINERS-ZAÏRE AVEC L'ONATRA	22
SECTION 5. LE CONTENTIEUX D'AFRICONTAINERS-ZAÏRE AVEC LA SOCIETE FINA	27
SECTION 6. LE CONTENTIEUX D'AFRICONTAINERS-ZAÏRE AVEC LA SOCIETE SHELL.....	30
SECTION 7. LE CONTENTIEUX D'AFRICONTAINERS-ZAÏRE AVEC LA SOCIETE MOBIL OIL.....	34
SECTION 8. LE CONTENTIEUX D'AFRICOM-ZAÏRE AVEC LA SOCIETE PLZ.....	36
SECTION 9. LA MISE EN DETENTION ET L'ELOIGNEMENT DU TERRITOIRE NATIONAL DE M. DIALLO	39
SECTION 10. LA REQUETE GUINEENNE TENDANT A OBTENIR REPARATION POUR LES DOMMAGES PRETENDUMENT SUBIS PAR LES SOCIETES AFRICOM-ZAÏRE ET AFRICONTAINERS- ZAÏRE.....	43
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	46

**CHAPITRE II. L'IRRECEVABILITE DE LA REQUETE, À DÉFAUT DE QUALITE
POUR AGIR DE LA RÉPUBLIQUE DE GUINÉE..... 47**

**SECTION 1. LA GUINÉE NE PEUT EN L'ESPECE PRETENDRE EXERCER UNE « PROTECTION
DIPLOMATIQUE DE L'ACTIONNAIRE »..... 49**

*A. Le droit international n'admet pas l'assimilation d'une atteinte aux droits d'une
société à une violation des droits de ses actionnaires 50*

1. Le refus de l'assimilation entre droits de la société et droits de l'actionnaire découle de la logique même de l'institution de la protection diplomatique..... 51
2. Le refus de l'assimilation entre droits de la société et droits de l'actionnaire découle de la décision de la Cour dans l'affaire Barcelona Traction..... 52
3. L'argumentation aujourd'hui défendue par la République de Guinée est bien similaire à celle avancée par la Belgique dans le cadre de l'affaire de la Barcelona Traction 55
4. Le refus de l'assimilation entre droits de la société et droits de l'actionnaire est confirmé par une partie importante de la doctrine 57

*B. La jurisprudence invoquée par la République de Guinée n'est pas de nature à fonder
sa réclamation..... 59*

1. Le manque de pertinence de la jurisprudence arbitrale ancienne citée par la République de Guinée pour la présente espèce..... 60
 - a) Le manque de pertinence de l'affaire Ruden pour la présente espèce..... 60
 - b) Le manque de pertinence de l'affaire du Chemin de fer de la baie de Delagoa pour la présente espèce 61
 - c) Le manque de pertinence de l'affaire de la Salvador Commercial Co pour la présente espèce..... 62
 - d) Le manque de pertinence de l'affaire Shufeldt pour la présente espèce 65
 - e) Le manque de pertinence de l'affaire Alsop (2^{ème} phase) pour la présente espèce 66
2. Le manque de pertinence de la jurisprudence récente citée par la République de Guinée pour la présente espèce..... 69
 - a) Le manque de pertinence de l'affaire Biloune pour la présente espèce..... 69
 - b) Le manque de pertinence de l'affaire ELSI pour la présente espèce..... 70
3. Le manque de pertinence des décisions rendues par la Commission européenne des droits de l'homme pour la présente espèce 73

C. Le droit international n'admet la protection des droits propres des actionnaires en tant que tels que dans des conditions très restrictives qui ne sont pas rencontrées en l'espèce 76

1. L'hypothèse de l'atteinte aux « droits propres des actionnaires en tant que tels » ne vise par définition que les relations des actionnaires vis-à-vis de la société 76

2. La République de Guinée ne peut prétendre protéger les droits propres d'un actionnaire en tant que tel puisque les mesures incriminées ne visent pas les relations de cet actionnaire vis-à-vis des sociétés dont il détient le capital 80

a) Les mesures incriminées ne sont pas dirigées contre les « droits fonctionnels » de M. Diallo en tant qu'actionnaire des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre 80

b) Les mesures incriminées ne sont pas dirigées contre les droits patrimoniaux de M. Diallo en tant qu'actionnaire des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre 83

SECTION 2. LA REPUBLIQUE DE GUINEE NE PEUT EN L'ESPECE PRETENDRE EXERCER UNE « PROTECTION DES DROITS DES ACTIONNAIRES PAR SUBSTITUTION DE LA SOCIETE DETENUE » POUR DES RAISONS D'EQUITE 88

A. L'argument de la République de Guinée, fondé sur une équité contra legem, n'est pas recevable en l'espèce 88

B. En tout état de cause, la solution préconisée par la République de Guinée n'est pas équitable 90

1. La solution préconisée par la République de Guinée n'est, dans son principe, pas équitable 91

a) La possibilité d'une protection de l'Etat national des actionnaires lorsque la société possède la nationalité de l'Etat défendeur est considérée comme inéquitable par de nombreux juges et auteurs 92

b) La possibilité d'une protection de l'Etat national des actionnaires lorsque la société possède la nationalité de l'Etat défendeur est considérée comme inéquitable dans plusieurs décisions arbitrales 94

2. L'application de la solution préconisée par la République de Guinée mènerait, en l'espèce, à un résultat inéquitable 95

a) La mise en œuvre de la « protection équitable par substitution » mènerait à un régime de protection discriminatoire 97

b) La prise en compte du comportement de M. Diallo doit conduire à qualifier d'inéquitable la « protection par substitution » 98

c) Le refus de M. Diallo d'épuiser toutes les voies de recours disponibles en République démocratique du Congo rendrait en tout état de cause inéquitable une protection par substitution 100

CONCLUSION DU CHAPITRE II 102

**CHAPITRE III. L'IRRECEVABILITE DE LA REQUETE, À DÉFAUT
D'ÉPUISEMENT DES VOIES DE RECOURS INTERNES 103**

SECTION 1. IL EXISTAIT ET IL CONTINUE A EXISTER, AU SEIN DE L'ORDRE JURIDIQUE ZAÏROIS, PUIS CONGOLAIS, DES VOIES DE RECOURS PERMETTANT AUX SOCIETES AFRICONTAINERS-ZAÏRE ET AFRICOM-ZAÏRE AINSI QU'A M. DIALLO D'ASSURER LA PRESERVATION DE LEURS DROITS 107

A. Des voies de recours étaient disponibles à l'encontre des sociétés privées.....108

B. Des voies de recours étaient disponibles à l'encontre des entreprises publiques108

C. Des voies de recours étaient disponibles à l'encontre de l'Etat zaïrois110

SECTION 2. LA REPUBLIQUE DE GUINEE NE DEMONTRE PAS QUE LES VOIES DE RECOURS EXISTANTES DANS L'ORDRE JURIDIQUE ZAÏROIS PUIS CONGOLAIS, ETAIENT OU SONT INDISPONIBLES OU INACCESSIBLES. 112

A. L'absence de M. Diallo du territoire zaïrois ne constituait pas un obstacle à la poursuite des procédures déjà entamées113

B. La situation financière de M. Diallo ne l'empêchait pas d'assurer sa représentation devant les tribunaux zaïrois.....116

SECTION 3. LA REPUBLIQUE DE GUINEE NE DEMONTRE PAS QUE LES VOIES DE RECOURS EXISTANTES DANS L'ORDRE JURIDIQUE ZAÏROIS, PUIS CONGOLAIS, ETAIENT OU SONT INEFFICACES..... 120

A. Les voies de recours internes existant au sein de l'ordre juridique zaïrois se sont avérées efficaces au regard des litiges qui ont été soumis aux tribunaux par les société Africontainers-Zaïre et Africom-Zaïre.....122

1. Les voies de recours internes se sont avérées efficaces dans l'affaire Africontainers-Zaïre c. Shell..... 123

2. Les voies de recours internes se sont avérées efficaces dans l'affaire Africontainers-Zaïre c. Fina..... 127

3. Les voies de recours internes se sont avérées efficaces dans l'affaire PLZ c. Africom-Zaïre 129

B. Les voies de recours internes existant au sein de l'ordre juridique zaïrois auraient pu s'avérer efficaces en ce qui concerne les litiges commerciaux que M. Diallo ou les sociétés dont il assure la direction n'ont pas jugé utile de soumettre aux tribunaux locaux..... 130

C. Les voies de recours internes existant au sein de l'ordre juridique zaïrois auraient pu s'avérer efficaces pour mettre en cause la mesure d'expulsion dont M. Diallo a fait l'objet..... 133

CONCLUSION DU CHAPITRE III..... 137

CONCLUSIONS..... 139

INTRODUCTION

0.01. Le 23 décembre 1998, le ministère des Affaires étrangères de la République de Guinée a transmis au Greffier de la Cour internationale de Justice une requête introductive d'instance contre la République démocratique du Congo. Cette requête était intitulée « Requête aux fins de protection diplomatique ». Elle était accompagnée d'un document intitulé « Mémoire de la République de Guinée », qui détaillait les prétentions formulées dans la requête et qui, dans la suite des présentes écritures, sera dès lors considérée comme en faisant partie intégrante. La République de Guinée y manifestait son intention d'exercer la protection diplomatique de l'un de ses ressortissants, Monsieur Ahmadou Sadio Diallo (ci-après « M. Diallo »), un homme d'affaires installé au Congo depuis le début des années 1960, en vue d'obtenir réparation pour les dommages résultant de faits internationalement illicites prétendument commis par les autorités zaïroises, essentiellement à l'encontre de deux sociétés congolaises dont M. Diallo est le dirigeant. La somme demandée par la République de Guinée était d'emblée chiffrée à pas moins de trente six (36) milliards de dollars des Etats-Unis d'Amérique, assortis d'intérêts bancaires et moratoires fixés à des taux de 15 et 26 % l'an depuis la fin de 1995¹. Ce montant, qui représente plusieurs fois l'ensemble de la dette extérieure de la République démocratique du Congo, est sans doute l'un des plus élevés —si pas le plus élevé— qui ait jamais été réclamé devant une juridiction internationale.

0.02. Cette requête a été enregistrée au Greffe de la Cour le 28 décembre 1998 et l'affaire a été inscrite au rôle général de la Cour sous le numéro 103. Par une ordonnance du 25 novembre 1999, la Cour a fixé au 11 septembre 2000 la date d'expiration du délai pour le dépôt d'un mémoire par la République de Guinée et au 11 septembre 2001 la date d'expiration du délai pour le dépôt d'un contre-mémoire par la République démocratique du Congo. A la demande de la République de Guinée, ces délais ont été prolongés par une ordonnance du 8 septembre 2000. Par cette ordonnance, le Président de la Cour a reporté au 23 mars 2001 la date d'expiration du délai pour le dépôt d'un mémoire par la République de Guinée et au 4 octobre 2002 la date d'expiration du délai pour le dépôt d'un contre-mémoire par la République démocratique du Congo. La République de Guinée a effectivement déposé son mémoire le 23 mars 2001, conformément à l'ordonnance précitée. Sans pour autant

¹ Requête introductive d'instance enregistrée au Greffe de la Cour le 28 décembre 1998 (ci-après requête de la République de Guinée), p. 36.

abandonner formellement la réclamation de près de quarante milliards de dollars des Etats-Unis d'Amérique formulée dans la requête, elle a demandé à la Cour de procéder à une évaluation de la réparation à un stade ultérieur de la procédure.

0.03. Dans le présent document, la République démocratique du Congo soulève deux exceptions préliminaires qui font obstacle à ce que la Cour examine au fond la plainte déposée par la République de Guinée. Il ne s'agit pas de contester la compétence de la Cour, qui est établie sur la base des déclarations d'acceptation de la juridiction de la Cour déposées par la République démocratique du Congo et la République de Guinée, respectivement les 8 février 1989 et 11 novembre 1998. Après avoir analysé attentivement la requête ainsi que le mémoire de l'Etat demandeur, il apparaît cependant que celui-ci tente d'exercer sa protection diplomatique dans des conditions qui ne répondent pas aux exigences du droit international en la matière. Les conditions juridiques exigées pour qu'un Etat puisse exercer sa protection diplomatique en faveur de l'un de ses ressortissants ne sont en effet pas réunies en l'espèce, et ce à un double titre.

- D'une part, la requête de la République de Guinée vise à obtenir réparation pour des préjudices qui auraient été subis par deux sociétés qui ne possèdent pas sa nationalité, sous le prétexte que l'un de ses ressortissants, M. Diallo, est le dirigeant de ces sociétés. La République de Guinée n'a dès lors pas qualité pour agir dans la présente affaire, dès lors que la protection diplomatique visant à obtenir réparation pour la lésion de droits de personnes qui ne possèdent pas la nationalité de l'Etat demandeur n'est pas admise en droit international.
- D'autre part, et à supposer même que la qualité pour agir de la République de Guinée puisse être établie en l'espèce, il s'avère que ni M. Diallo, ni les sociétés dont il assure la direction, n'ont épuisé les voies de recours qui leur auraient permis d'obtenir réparation de ces préjudices dans le cadre de l'ordre juridique interne de la République démocratique du Congo.

Ces deux circonstances font radicalement obstacle à la recevabilité de la requête introduite par la République de Guinée.

0.04. Il est dès lors parfaitement normal que la République démocratique du Congo entende faire usage des possibilités qui lui sont données par le Règlement de la Cour, et en particulier par l'article 79 de cet instrument. La République de Guinée ne pourrait à cet égard prétendre que le dépôt de ces exceptions préliminaires revêt un caractère tardif. Certes, l'article 79 du Règlement actuel de la Cour prévoit formellement que « [t]oute exception à la compétence de la Cour ou à la recevabilité de la requête ou toute autre exception sur laquelle le défendeur demande une décision avant que la procédure sur le fond se poursuive doit être présentée dès que possible, et au plus tard trois mois après le dépôt du mémoire [...] ». Ce texte a cependant été introduit à la suite d'une modification intervenue le 5 décembre 2000, qui a expressément précisé que

« [l]e Règlement modifié entrera en vigueur le 1^{er} février [2001], et remplacera à compter de cette date le Règlement adopté par la Cour le 14 avril 1978 ; toutefois, toute affaire soumise à la Cour avant le 1^{er} février 2001, ou toute phase d'une telle affaire, restera régie par le Règlement applicable avant cette date »².

La présente affaire ayant été soumise à la Cour le 23 décembre 1998, il y a lieu d'appliquer le Règlement du 14 avril 1978, qui était en vigueur au moment du dépôt de la requête, et qui prévoit, en son article 79, que

« [t]oute exception à la compétence de la Cour ou à la recevabilité de la requête ou toute autre exception sur laquelle le défendeur demande une décision avant que la procédure sur le fond se poursuive doit être présentée par écrit dans le délai fixé pour le dépôt du contre-mémoire [...] ».

Le présent document écrit, qui constitue un acte introductif d'exception au sens du Règlement, est présenté dans le délai fixé par la Cour pour le dépôt du contre-mémoire, et l'est dès lors en parfaite conformité avec l'article 79 précité.

0.05. Dans le mémoire qu'elle a déposé le 23 mars 2001, la République de Guinée, sans aucun doute consciente des graves problèmes de recevabilité qui se posent en l'espèce, consacre un chapitre entier à réfuter par avance les deux exceptions qui seront exposées dans le cadre des présentes écritures³. En ce qui a trait à la première de ces exceptions, la République de Guinée prétend n'agir qu'en faveur de M. Diallo, personne physique qui possède sa nationalité et qui pourrait bénéficier d'une « protection diplomatique de

² Souligné par la République démocratique du Congo.

³ MRG, chapitre IV, intitulé « le droit de la République de Guinée d'exercer sa protection diplomatique en faveur de M. Diallo ».

l'actionnaire »⁴ voire, si cette demande devait être écartée, d'une « protection des droits des actionnaires par substitution de la société détenue », qui se justifierait en raison de « considérations d'équité »⁵. Quant à la seconde exception, la République de Guinée prétend que la condition d'épuisement des voies de recours internes est remplie en l'espèce, en raison de « l'impossibilité de la mise en œuvre du principe par M. Diallo »⁶. La République démocratique du Congo rencontrera l'ensemble de ces arguments dans les présentes écritures.

0.06. Elle se permet cependant d'emblée de s'étonner que la République de Guinée tente d'atténuer la charge qui pèse sur elle en tant qu'Etat demandeur, en priant respectueusement la Cour de l'excuser pour ce qu'elle appelle « quelques insuffisances formelles »⁷ propres à ses écritures, et ce non seulement sur la base de motifs, mais aussi avec des effets, pour le moins contestables.

0.07. Pour ce qui est des motifs invoqués, la République de Guinée n'hésite pas, dans le cadre du litige qui l'oppose à la République démocratique du Congo, à invoquer les « difficultés extrêmes dans lesquelles elle se débat », et plus spécialement ses « très graves problèmes économiques et financiers » ainsi que des « tensions aux frontières » et un « afflux massif de réfugiés en provenance de pays voisins ». La République démocratique du Congo avoue ressentir un certain malaise à cet égard car, il faut le rappeler d'emblée, c'est la République de Guinée qui a choisi d'introduire une instance devant la Cour, pour des affaires qui auraient pu —et qui peuvent encore— être réglées au sein de l'ordre juridique congolais à savoir, essentiellement, des litiges opposant deux sociétés congolaises à plusieurs de leurs partenaires commerciaux exerçant, eux aussi, leurs activités au Congo. La République démocratique du Congo ignore les raisons qui ont pu mener la Guinée à entamer une longue et coûteuse instance dans ces conditions mais, quoi qu'il en soit, elle estime que les facteurs qui ont été évoqués, s'ils doivent être pris en compte, doivent avant tout l'être envers l'Etat défendeur qui, quant à lui, n'a pas choisi d'être attiré devant la Cour. A cet égard, la République démocratique du Congo ne fera pas l'injure à la Cour de lui rappeler qu'elle est l'un des pays au monde les plus gravement touchés par des conflits armés aux conséquences humaines désastreuses. Pour rappel, les sources les plus crédibles évoquent le chiffre de deux

⁴ MRG, pp. 80-92, par. 4.16-4.50.

⁵ MRG, pp. 93-96, par. 4.51-4.59.

⁶ MRG, pp. 100 et ss.

⁷ MRG, p. 5, par. 1.7.

à trois millions de morts pour évaluer les conséquences de la guerre menée sur le territoire congolais par des puissances étrangères depuis 1998.

0.08. La République de Guinée se plaint par ailleurs de ne pas avoir pu disposer de preuves suffisantes susceptibles d'étayer ses affirmations, et ce en raison de l'expulsion de M. Diallo qui aurait empêché ce dernier de disposer de certains documents pertinents. L'Etat demandeur prie dès lors la Cour de « faire usage des pouvoirs d'instruction qui lui appartiennent pour rassembler, le cas échéant, les éléments de preuve supplémentaires qui lui paraîtraient utiles », conformément aux articles 44, par. 2 du Statut et 66 de son Règlement⁸. La République démocratique du Congo est, là encore, pour le moins stupéfaite par l'attitude de l'Etat demandeur, qui insinue très clairement que les autorités congolaises se livreraient à certaines formes de rétention de preuves. L'essentiel de cette affaire est constitué de litiges entre deux sociétés congolaises et certains de leurs partenaires commerciaux, pour de prétendues violations de contrats régis par le droit congolais. Plusieurs des litiges en cause sont actuellement pendants devant les juridictions congolaises, au greffe desquelles se trouvent les dossiers concernés. Il va de soi que, dans la mesure où cela s'avère pertinent pour la présente espèce, la République démocratique du Congo a annexé les pièces concernées aux présentes écritures et que, si cela s'avère nécessaire, elle se fera un plaisir de collaborer à l'établissement des faits en fournissant des documents supplémentaires. Dans ces circonstances, il est difficile de concevoir en quoi pourrait consister la visite sur les lieux prévue à l'article 66 du Règlement, même s'il va de soi que, en tout état de cause, les autorités congolaises accueilleraient avec plaisir les membres de la Cour pour une visite des lieux qu'elle pourrait estimer dignes d'intérêt dans le cadre de la présente instance. Les propos de la République de Guinée sont d'autant plus incongrus qu'ils sont par ailleurs démentis par les faits, et en particulier par l'apparente facilité dont dispose M. Diallo pour se procurer certains documents, y compris à l'heure actuelle. La République démocratique du Congo relève à ce sujet que la République de Guinée a annexé à son mémoire les conclusions rendues par le Ministère public près la Cour suprême de Justice du Congo dans les affaires Africom-Zaïre c. PLZ et Africontainers-Zaïre c. Fina. Ce type de document est pourtant strictement confidentiel jusqu'au moment du prononcé de l'arrêt, ce qui jette la plus grande suspicion sur la manière dont ils ont été obtenus. A vrai dire, la République démocratique du Congo n'est nullement gênée par le contenu des documents en question, et ne fait nullement obstacle à ce

⁸ MRG, pp. 5-6, par. 1.09.

qu'ils soient utilisés comme éléments de fait susceptibles d'éclaircir le débat judiciaire. Il est cependant pour le moins étonnant, au vu de ces précédents, d'oser présenter M. Diallo comme une personne qui éprouve des difficultés à rassembler des éléments de preuve au Congo.

0.09. A cet égard, la République démocratique du Congo tient d'emblée à marquer son opposition à ce que les « quelques insuffisances formelles », excusables ou non, que présente le mémoire guinéen, constituent d'une quelconque manière une justification à certains procédés particulièrement regrettables qui ressortent de ce document. Tout en admettant formellement que la Cour « n'a pas à se prononcer sur les intentions de la République démocratique du Congo »⁹, la République de Guinée en vient en effet, par le biais d'affirmations péremptoires, à jeter le discrédit sur les autorités congolaises qui, à en croire les écritures guinéennes, se seraient livrées à un véritable complot. On peut ainsi lire dans le mémoire guinéen que l'expulsion de M. Diallo a « *visé expressément* à empêcher M. Diallo de faire des affaires et de récupérer ses créances »¹⁰, qu'elle a été « mise en œuvre *dans le seul but* d'empêcher la réalisation par l'investisseur de son investissement »¹¹ ou encore que, dans le cadre des litiges commerciaux opposant Africontainers-Zaïre à Shell, « *on peut imaginer que, compte tenu de l'importance des sommes en cause, la République démocratique du Congo a bénéficié de contre parties considérables* »¹². Ces accusations extrêmement graves ne sont étayées par aucun élément de fait, aucun document ni aucune référence quelconques. Contrairement à ce que l'Etat demandeur affirme, toute sa démonstration semble reposer sur les intentions prétendument malveillantes des autorités congolaises. La République démocratique du Congo laisse à la Cour le soin de tirer les conséquences de cette étrange manière d'« établir » les faits. En tout état de cause, elle tient à souligner que l'éventuelle prise en compte des « quelques insuffisances formelles » du mémoire guinéen ne peut en aucun cas conduire à excuser, et encore moins à donner une quelconque suite à, de tels procédés.

0.10. Ces précisions apportées, la République démocratique du Congo s'emploiera, dans le cadre des présentes écritures, à produire, conformément à l'article 79, paragraphe 2 du Règlement de la Cour, « l'exposé de fait et de droit sur lequel l'exception est fondée », ainsi que les conclusions, le bordereau des documents à l'appui et les moyens de preuve pertinents.

⁹ MRG, p. 65, par. 3.60.

¹⁰ MRG, p. 62, par. 3.56 ; souligné par la République démocratique du Congo.

¹¹ MRG, p. 63, par. 3.57 ; souligné par la République démocratique du Congo.

Conformément au paragraphe 5 de la même disposition, les exposés seront « limités aux points ayant trait à l'exception », et plus précisément aux deux exceptions telles qu'elles ont été identifiées ci-dessus. Seront ainsi successivement présentés dans les pages qui suivent :

- l'exposé de fait sur lequel les deux exceptions préliminaires sont fondées (Chapitre I),
- la première de ces exceptions, en vertu de laquelle la République de Guinée n'a pas qualité pour agir dans la présente espèce (chapitre II), et
- la seconde de ces exceptions, en vertu de laquelle la condition de l'épuisement des voies des recours internes n'a pas été remplie en l'espèce (chapitre III).

¹² MRG, p. 64, par. 3.59 ; souligné par la République démocratique du Congo.

CHAPITRE I. LES FAITS SUR LESQUELS SONT FONDEES LES EXCEPTIONS D'IRRECEVABILITE

1.01. Les faits sur lesquels sont fondées les deux exceptions préliminaires qui seront détaillées ci-dessous peuvent être synthétisés de la manière suivante : la République de Guinée tente de porter devant la Cour un litige qui oppose des sociétés congolaises à d'autres acteurs économiques opérant au Congo, litige qui relève avant tout du droit commercial congolais et de la compétence des juridictions congolaises. La République démocratique du Congo développera ces éléments de fait dans le cadre du présent chapitre, dont il ressortira que,

- d'une part, et ceci sera essentiellement à la base de la première exception préliminaire consacrée au défaut de qualité pour agir de la République de Guinée, le présent litige porte essentiellement sur des contentieux opposant deux sociétés congolaises à d'autres acteurs économiques opérant au Congo, M. Diallo agissant toujours comme dirigeant de ces sociétés,

et

- d'autre part, et ceci sera à la base de la seconde exception préliminaire consacrée au défaut d'épuisement des voies de recours internes, il apparaît clairement que tous les recours internes sont loin d'avoir été épuisés au sein de l'ordre juridique congolais.

1.02. Ce faisant, la République démocratique du Congo réfutera de manière générale la version des faits qui a été présentée par l'Etat demandeur dans son mémoire, qui soit tend à minimiser ou à masquer les éléments qui viennent d'être mentionnés, soit contient tout simplement des affirmations erronées. Avant d'entrer dans le détail de cette réfutation, il convient encore d'apporter les deux précisions méthodologiques suivantes.

1.03. En premier lieu, la République démocratique du Congo ne cherchera pas, dans le cadre de ce chapitre, à reprendre une à une les affirmations factuelles erronées contenues dans la requête ou le mémoire guinéens. Il s'agira plutôt d'une réfutation globale qui, outre qu'elle introduira les chapitres plus spécifiquement juridiques consacrés aux deux exceptions préliminaires, permettra de montrer que la version des faits qui se dégage des écritures

guinéennes ne résiste pas à l'analyse. Vouloir procéder autrement en reprenant de manière systématique et exhaustive toutes les accusations ou insinuations guinéennes erronées —dont certains exemples ont déjà été mentionnés en introduction des présentes écritures¹³— se révélerait particulièrement fastidieux d'autant que, conformément à l'article 79 du Règlement de la Cour, l'exposé des faits ne doit porter que sur les éléments de faits sur lesquels sont fondées les exceptions préliminaires.

1.04. A ce sujet, et en deuxième lieu, la République démocratique du Congo évitera dans la mesure du possible de s'engager à ce stade dans un débat sur le fond de l'affaire, en répondant aux accusations guinéennes selon lesquelles les autorités congolaises auraient violé plusieurs règles de droit international applicables en l'espèce. Les présentes exceptions préliminaires s'appuient sur des éléments de fait qui, comme on l'a souligné d'emblée, renvoient à des litiges entre partenaires commerciaux qui se sont déroulés au Congo et qui se sont inscrits dans le cadre du droit congolais. Il sera donc nécessaire d'expliquer comment ces litiges sont nés et se sont développés, y compris en se référant aux règles pertinentes du droit congolais. Les questions de droit international ne seront par contre pas abordées à ce stade ce qui, bien entendu, n'implique aucune reconnaissance quelconque des prétentions avancées à ce sujet dans les écritures guinéennes.

1.05. Ces précisions apportées, la République démocratique du Congo exposera dans les pages qui suivent les faits sur lesquels se fondent les exceptions préliminaires. A ce stade, elle s'abstiendra d'entrer dans le détail de chacun d'entre eux, tout en signalant que les faits pertinents les plus controversés feront l'objet de développements dans le cadre des deux chapitres consacrés, d'une part, au défaut de qualité pour agir de la République de Guinée et, d'autre part, au défaut d'épuisement des voies de recours internes en l'espèce. La présentation des faits reprend successivement chacun des contentieux commerciaux que la requête guinéenne prétend soumettre au jugement de la Cour. Certains de ces contentieux sont relativement complexes, et ont donné lieu à des développements qui se sont étendus sur plusieurs années. Afin de permettre à la Cour d'en dégager une image aussi claire que possible, les relations entretenues par les sociétés dont M. Diallo était le dirigeant avec chacun de leurs partenaires commerciaux seront examinées à tour de rôle. Il en ira ainsi des relations avec l'Etat zaïrois (section 2), avec les entreprises publiques GÉCAMINES (section 3) et

¹³ *Supra*, par. 0.09.

ONATRA (section 4), de même qu'avec les sociétés privées Fina (section 5), Shell (section 6), Mobil Oil (section 7) et PLZ (section 8). Mais avant de procéder à l'examen systématique de ces relations commerciales et de leur évolution, il convient tout d'abord de rappeler brièvement les circonstances de l'installation de M. Diallo au Zaïre, ainsi que la nature des activités des deux sociétés dont il est le dirigeant (section 1). L'expulsion de M. Diallo du territoire zaïrois, en janvier 1996, sera abordée ensuite (section 9). Ce n'est qu'une fois cette toile de fond présentée que l'on pourra apprécier la manière dont la République de Guinée a déposé sa requête devant la Cour, en prétendant exercer sa protection diplomatique en faveur de M. Diallo (section 10).

Section 1. L'installation de M. Diallo au Zaïre, la création des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, et leurs premières années d'activités

1.06. M. Ahmadou Sadio Diallo est un ressortissant guinéen qui s'est installé au Zaïre (alors République du Congo) au début des années 1960. M. Diallo a d'emblée choisi d'exercer ses activités par le biais de sociétés dont il sera le principal dirigeant. Il a ainsi créé une première société, dénommée Africom-Zaïre dont les activités sont très générales, et pour l'essentiel centrées sur l'import-export¹⁴. En 1979, M. Diallo a créé, en association avec deux autres partenaires, une deuxième société privée à responsabilité limitée appelée Africontainers-Zaïre. M. Diallo participe à la création de cette seconde société en qualité de gérant d'Africom-Zaïre, qui détient 30 % des parts sociales d'Africontainers-Zaïre, le solde étant réparti entre les deux autres associés¹⁵. Moins d'un an plus tard, en avril 1980, une assemblée générale des associés d'Africontainers-Zaïre entérine une modification importante de l'actionnariat de la société, à l'issue de laquelle le capital d'Africontainers-Zaïre est désormais réparti entre Africom-Zaïre (pour 60 % des parts sociales) et M. Diallo (pour 40 %)¹⁶. Il semble que cette répartition du capital ne sera plus modifiée par la suite. M. Diallo est ainsi devenu, dans les faits, le seul dirigeant de ces deux sociétés de droit zaïrois, qui ont toutes deux été immatriculées au registre de commerce de la ville de Kinshasa¹⁷. En tant que Sociétés privées à responsabilité limitée (S.P.R.L.), toutes deux possèdent, conformément au droit zaïrois, une personnalité juridique distincte de leurs associés¹⁸. C'est dès lors non pas à titre personnel, en tant que personne physique de nationalité guinéenne, mais par l'intermédiaire de ces personnes morales de droit zaïrois, que M. Diallo poursuivra ses activités commerciales au Zaïre. Il conviendra donc, dans la suite de l'exposé des faits, de se concentrer sur les activités de ces sociétés, car c'est avec ces personnes morales que se développeront des litiges en matière commerciale dont l'ampleur est sans doute sans précédent dans l'histoire du Congo.

¹⁴ Voy. l'article de *Jeune Afrique*, 16 février 1984, p. 16 (MRG, annexe 18).

¹⁵ Voy. les statuts d'Africontainers-Zaïre, MRG, annexe 1.

¹⁶ Voy. le procès-verbal de cette assemblée, MRG, annexe 3.

¹⁷ MRG, annexes 1 et 2.

¹⁸ V. le décret du 27 février sur les sociétés commerciales, dont l'article 1^{er} dispose que « les sociétés commerciales légalement reconnues conformément au présent décret constitueront des individualités juridiques distinctes de celles des associés » ; *infra*, par. 2.14 des présentes écritures.

1.07. En dépit d'un objet social défini en des termes relativement larges¹⁹, Africontainers-Zaïre se spécialise pour l'essentiel dans le transport par conteneurs, une activité peu répandue au Zaïre à l'époque²⁰. La société a rapidement développé ses activités dans ce domaine, en louant ses conteneurs à différents partenaires commerciaux. Elle a ainsi conclu plusieurs contrats avec des sociétés pétrolières implantées au Zaïre en vue du transport de lubrifiants par conteneurs à destination des régions de l'intérieur du pays. On peut entre autres mentionner à ce titre les conventions conclues avec les sociétés Zaïre Mobil Oil (ci-après « Mobil Oil » ou « Mobil »), le 1^{er} octobre 1980, et Zaïre Shell (ci-après « Shell »), le 24 juillet 1981²¹. L'une des plus importantes entreprises publiques zaïroises, la Générale des Carrières et des Mines (ci-après « la GÉCAMINES »), figurait également parmi les clients d'Africontainers-Zaïre, avec laquelle la GÉCAMINES a conclu un contrat pour le transport de minerais depuis les régions d'extraction (dans la province du Shaba) vers les ports de Kinshasa ou de Matadi, à partir desquels ces minerais étaient exportés²². Ces relations commerciales ont été consolidées par la conclusion, le 13 juillet 1983, d'un important contrat entre les sociétés Zaïre Fina (ci-après « Fina »), Mobil, la GÉCAMINES, et Africontainers-Zaïre (ci-après « le contrat tripartite »)²³. L'objet de cette convention était de rationaliser les opérations de transport couvertes par les différents contrats susmentionnés. Plutôt que de renvoyer les conteneurs à vide, une fois leur marchandise livrée (ou « dépotée », selon le terme de l'art), les parties au contrat tripartite ont ainsi mis sur pied la formule suivante : les conteneurs d'Africontainers-Zaïre étaient chargés de produits pétroliers au départ de Kinshasa, à destination de l'intérieur du pays. Après livraison, les conteneurs étaient acheminés vers deux villes (Lubumbashi et Luilu) où la GÉCAMINES disposait de sièges d'exploitation, afin d'y être chargés de minerais, qui étaient ensuite transportés vers Kinshasa. En date du 1^{er} août 1983, un avenant à ce contrat a été conclu, afin d'y inclure la société Shell²⁴. Le transport des conteneurs d'Africontainers-Zaïre était assuré, sur ces différents trajets, par l'Office national des transports (ci-après « l'ONATRA »), une autre entreprise publique zaïroise.

¹⁹ Aux termes de l'article 3 des statuts d'Africontainers-Zaïre, la société « a pour objet toutes activités commerciales au sens large, notamment l'achat et la vente, l'importation et l'exportation, le transport de marchandises, les opérations de construction, de commission et de courtage [...] » (MRG, annexe 1).

²⁰ Voy. l'article précité de *Jeune Afrique* (*supra*, note 14).

²¹ MRG, annexes 6 et 8.

²² Contrat du 29 juin 1982, MRG, annexe 12.

²³ MRG, annexe 13. En dépit du fait qu'il ait compté 4, puis 5 parties, ce contrat sera, dans la suite des présentes écritures, désigné sous cette appellation de « contrat tripartite », en raison du fait qu'il comprend trois catégories de parties : Africontainers-Zaïre, en tant que société transitaire, la GÉCAMINES, et les sociétés pétrolières (Mobil et Fina, rejointes peu après par Shell).

²⁴ MRG, annexe 14.

1.08. Le contrat tripartite a été exécuté, sans que se pose de problème important, jusqu'en 1986, date à laquelle d'importants travaux de réaménagement du port de Kinshasa furent entamés. Ces travaux ont eu pour conséquence le déplacement des opérations de dépotage (ouverture) des conteneurs, du port de Kinshasa à celui de Matadi, situé à 350 kilomètres de la capitale. Cette décision a entraîné certaines difficultés en ce qui concernait la circulation des conteneurs des différents transitaires qui exerçaient leurs activités sur cette ligne, du fait que cette extension de parcours impliquait des durées de rotation plus longues, et qu'un certain nombre de conteneurs sont demeurés inutilisés, pour des périodes plus ou moins importantes, dans le port de Matadi. Il s'agit là de la première difficulté sérieuse qui s'est présentée dans les relations d'Africontainers-Zaïre avec ses partenaires commerciaux, et en particulier avec l'ONATRA, comme on le constatera ci-dessous. De nombreux autres contentieux allaient suivre, concernant tant Africom-Zaïre qu'Africontainers-Zaïre. La République démocratique du Congo les exposera maintenant plus en détails. Elle remarque d'emblée que ces litiges ont tous opposé deux sociétés dont personne ne conteste qu'elles possèdent la nationalité congolaise, d'une part, à certains de leurs partenaires commerciaux exerçant des activités au Congo, d'autre part. Tous ces litiges étaient relatifs à des engagements contractuels régis par le droit congolais.

Section 2. Le contentieux d'Africom-Zaïre avec l'Etat zaïrois

1.09. Au cours des années 1980, la société Africom-Zaïre a entretenu des relations commerciales relativement suivies avec l'Etat zaïrois²⁵. En juin 1986, l'Etat zaïrois a passé commande, auprès de la société Africom-Zaïre d'importantes quantités de papier²⁶. Le montant total de ces commandes s'élevait à 28.382.872,70 zaïres. Un plan de paiement de cette somme avait été proposé par Africom-Zaïre, et accepté par les autorités zaïroises compétentes²⁷. Il prévoyait le règlement complet de cette créance pour la fin du mois de mars 1987. A la suite du non respect de ce plan d'apurement par l'Etat zaïrois, M. Diallo a adressé une lettre de rappel au Commissaire d'Etat aux Finances, en date du 17 janvier 1987²⁸. En décembre 1987, le Commissaire d'Etat aux Finances informe le Gouverneur de la Banque du Zaïre qu'il a accepté le paiement, en cinq traites, des sommes dues à Africom-Zaïre à la suite de la commande de 1986. Les échéances de paiement prévues s'échelonnent de janvier à avril 1988²⁹. En dépit de cet engagement, toutefois, les versements prévus ne seront jamais effectués, et la République du Zaïre est restée débitrice, à l'égard d'Africom-Zaïre, d'une somme dont le montant réel reste à déterminer³⁰. Il ne semble pas que d'autres démarches aient été entreprises par Africom-Zaïre depuis cette date en vue de recouvrer cette créance. En particulier, aucun recours judiciaire n'a été intenté à cette fin à l'encontre de l'Etat zaïrois ni par la société Africom-Zaïre, ni par M. Diallo agissant à un quelconque titre. La République démocratique du Congo reviendra sur les conséquences juridiques de cet état de fait dans le cadre du chapitre III des présentes écritures. De la même façon, la République démocratique du Congo reviendra ultérieurement sur le fait que ce litige met en jeu les droits contractuels d'une société zaïroise, et non d'éventuels droits propres de M. Diallo (chapitre II).

1.10. La République du Zaïre, pas plus que la République démocratique du Congo, n'ont jamais contesté être redevable de cette somme à la société Africom-Zaïre. Les difficultés

²⁵ Voy. e.a. la lettre adressée le 19 juillet 1986 par le Commissaire d'Etat aux Finances au Directeur d'Africom-Zaïre, dans laquelle il est fait état d'une commande de papier-listing effectuée en 1983, et dont le solde a été apuré par l'Etat en 1985 et 1986 (MRG, annexe 34).

²⁶ Voy. les deux bons de commande du 18 juin 1986, MRG, annexes 30 et 31. Cette commande est confirmée par la lettre du 22 octobre 1986, adressée par le Commissaire d'Etat aux Finances au Président de la Régie nationale des approvisionnements et imprimerie (« RENAPI »), MRG, annexe 36.

²⁷ Voy. la lettre du 22 octobre 1986, adressée par le Commissaire d'Etat aux Finances au Président de la Régie nationale des approvisionnements et imprimerie (« RENAPI »), MRG, annexe 36.

²⁸ MRG, annexe 37.

²⁹ MRG, annexe 51.

³⁰ *Ibid.*

financières qu'a connues le pays depuis un certain nombre d'années ne lui ont cependant pas permis de s'acquitter de cette dette. En application de la pratique suivie de manière constante en la matière, le montant du solde impayé de cette créance a été intégré dans la dette publique intérieure du Congo. Ce dossier a, à ce titre, été confié à l'Office de la Gestion de la Dette Publique (OGEDep) en vue de lui trouver une solution satisfaisante³¹. La créance d'Africom-Zaire a, de ce fait, été traitée de la même manière que celle d'un grand nombre de sociétés commerciales de droit congolais qui détiennent des créances certaines sur l'Etat congolais. Ces sociétés restent généralement en contact avec l'OGEDep et font certifier régulièrement leurs créances auprès du ministère des Finances et du Budget, ainsi que de l'OGEDep³². Le cas de la société Africom-Zaire est donc loin d'être isolé. En tout état de cause, ce litige ne porte que sur une somme modeste, et est le seul qui concerne directement l'Etat congolais. Les contentieux qui ont opposé les sociétés congolaises dont M. Diallo était le dirigeant à leurs autres partenaires commerciaux ont, pour leur part, revêtu une ampleur beaucoup plus significative.

³¹ MRG, annexe 71.

³² Annexe 57, EPRDC.

Section 3. Le contentieux d'Africontainers-Zaïre avec la GÉCAMINES

1.11. Ainsi que la République démocratique du Congo l'a exposé plus haut, les relations commerciales d'Africontainers-Zaïre avec la GÉCAMINES remontent à l'année 1982. La collaboration commerciale entre les deux entreprises a débuté sous de bons auspices. Africontainers-Zaïre a certes adressé à quelques reprises aux responsables de la GÉCAMINES des courriers par lesquels les dirigeants de la société transitaire s'inquiétaient de l'immobilisation prolongée de conteneurs dans les installations de la GÉCAMINES, de leur inutilisation (et des problèmes de « chômage » qui en résultaient pour Africontainers-Zaïre) ou de leur utilisation par la GÉCAMINES sans l'autorisation de la société propriétaire³³. Ces problèmes n'ont toutefois pas donné naissance à des litiges sérieux, ou à des réclamations chiffrées, dans un premier temps tout au moins. Ce litige s'est toutefois aggravé par la suite, entre autres en raison des difficultés suscitées par la fermeture, en 1986, du port de Kinshasa et de l'allongement des délais de rotation des conteneurs qui en a résulté.

1.12. De nombreux courriers ont ainsi été échangés entre Africontainers-Zaïre et la GÉCAMINES au sujet des problèmes de chômage et d'utilisation abusive des conteneurs, et des conséquences financières que ces situations impliquaient pour la société transitaire³⁴. Dans plusieurs de ses réponses, la GÉCAMINES a reporté la responsabilité de cette situation sur certains autres opérateurs impliqués dans ces activités de transport, et au premier chef sur l'ONATRA³⁵. Le litige entre les deux partenaires s'est ensuite focalisé sur trois points essentiels. Le premier d'entre eux concerne la revendication qu'Africontainers-Zaïre a formulée en 1991 au sujet de huit de ses conteneurs, que la société reprochait à la GÉCAMINES d'avoir endommagés et rendus inutilisables³⁶. Le deuxième concernait le différend portant sur le chômage des conteneurs d'Africontainers-Zaïre dans les installations de la GÉCAMINES, qui s'est aggravé et a donné lieu, en juillet 1991, à une première réclamation chiffrée de la part de la société transitaire, qui estimait la perte qu'elle avait subie du fait de cette situation à un peu plus de 3 milliards de zaïres³⁷. Le troisième avait trait aux allégations d'Africontainers-Zaïre aux termes desquelles la GÉCAMINES se serait rendue responsable de graves manquements au contrat tripartite de 1983, en particulier en faisant

³³ Voy. e.a. MRG, annexes 19, 20 et 25.

³⁴ Voy. e.a. MRG, annexes 25, 88, 90, 95.

³⁵ Voy. e.a. la lettre de la GÉCAMINES du 5 avril 1990, MRG, annexe 62.

³⁶ Voy. la lettre d'Africontainers-Zaïre du 26 juin 1991, MRG, annexe 87.

³⁷ Voy. la note de débit du 3 juillet 1991, MRG, annexe 88.

transporter certains produits par d'autres partenaires commerciaux, dont les sociétés pétrolières parties à cette convention. Selon Africontainers-Zaïre, de tels agissements étaient contraires à une clause du contrat de 1983 qui, à ses dires, lui reconnaissait l'exclusivité de pareils transports³⁸.

1.13. En ce qui concerne le premier de ces dossiers, la GÉCAMINES a rapidement repoussé les prétentions d'Africontainers-Zaïre, qui chiffrait la valeur de remplacement des conteneurs endommagés à 17.000 dollars des Etats-Unis par unité³⁹. Pour l'entreprise publique, au contraire, la valeur d'un conteneur neuf se montait à l'époque à 3.000 dollars, et celle d'un conteneur usagé à 1.200 dollars, selon les informations qu'elle avait obtenues à ce sujet de la part d'un transporteur étranger⁴⁰. Après avoir proposé, dans un premier temps, de remettre les huit conteneurs d'Africontainers-Zaïre en état⁴¹, la GÉCAMINES a proposé d'indemniser la société transitaire à concurrence de 1.400 dollars par unité⁴². Ce montant correspondait à la valeur d'un conteneur, telle qu'elle avait initialement été déclarée par Africontainers-Zaïre lors de la demande d'agrément que la société avait formulée auprès des autorités zaïroises⁴³. Cette proposition n'a pas été acceptée par Africontainers-Zaïre, et ce litige n'a pas été tranché à ce jour. Il en est allé de même des deux autres dossiers susmentionnés, qui, même s'ils possèdent une origine distincte de celui qui vient d'être évoqué, ont été joints à ce dernier dans les tentatives de règlement dont ils ont ultérieurement fait l'objet.

1.14. Un certain nombre de discussions entre les deux parties ont en effet été consacrées depuis lors à l'ensemble de ces litiges, sans pour autant parvenir, à ce jour, à un règlement définitif. Des négociations ont ainsi été entamées entre Africontainers-Zaïre et la GÉCAMINES en 1995⁴⁴, et se sont poursuivies jusqu'à l'été 1997⁴⁵. Compte tenu de la complexité de l'affaire et du nombre d'autres transitaires qui avaient introduit des réclamations relatives à la perte de leurs conteneurs, la GÉCAMINES a d'ailleurs créé en son sein une commission spéciale chargée du règlement des litiges sur les conteneurs (CLC), en date du 17 janvier 1997. Les différentes réunions qui viennent d'être évoquées ont permis de

³⁸ Voy. la lettre du 9 septembre 1991, MRG, annexe 95.

³⁹ Lettre du 26 juin 1991, précitée, MRG, annexe 87.

⁴⁰ Lettre du 16 juillet 1991, MRG, annexe 90.

⁴¹ Lettre du 7 janvier 1992, MRG, annexe 98.

⁴² *Ibid.* ; la deuxième page de cette lettre, où est formulée cette proposition, a été reproduite par erreur au verso de l'annexe 99, MRG.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Voy. le procès-verbal de la réunion tenue entre les parties le 1^{er} juin 1995, MRG, annexe 151.

⁴⁵ Voy. les procès-verbaux des 2 et 7 juillet 1997, MRG, annexes 224 et 226.

faire un état plus précis de la situation, et ont conduit la société transitaire à admettre que le nombre de conteneurs sur lesquels portait sa revendication était surévalué. Ainsi, au cours de la réunion du 2 juillet 1997, Africontainers-Zaïre a admis que 7 des 20 conteneurs qu'elle avait fait figurer sur une note de débit de 1995 lui avaient en fait déjà été restitués⁴⁶. Le sort de 6 autres conteneurs s'avérait incertain, et Africontainers-Zaïre s'était engagée, au cours de la même séance de travail, à faire des recherches pour identifier leur localisation avec plus de précision⁴⁷. La même incertitude pesait encore sur 12 conteneurs qui figuraient sur une autre liste dressée par Africontainers-Zaïre, et qui portait sur un total de 28 conteneurs⁴⁸. L'identification même du préjudice réellement subi par la société transitaire s'avérait ainsi problématique, et le bien-fondé de ses prétentions financières, réclamées à titre de réparation de ce préjudice, se révélait du même coup sujet à caution. Toutefois, en dépit des progrès accomplis au cours des négociations de juillet 1997, les discussions entre Africontainers-Zaïre et la GÉCAMINES se sont interrompues de façon abrupte, alors qu'un règlement était vraisemblablement en vue.

1.15. La GÉCAMINES avait en effet élaboré un nouveau calendrier des travaux avec les différentes sociétés transitaires concernées, en vue de conclure un accord définitif avec chacune d'entre elles⁴⁹. C'est ainsi que des séances de travail ont été programmées du 29 septembre au 3 octobre 1997 entre la GÉCAMINES et la société Africontainers-Zaïre pour régler de façon définitive le litige commercial qui les opposait. Le 26 septembre 1997, la GÉCAMINES a donc adressé une invitation à la société Africontainers-Zaïre, la conviant à prendre part à cette nouvelle série de séances de travail. Cette invitation a été réceptionnée effectivement par Monsieur N'Kanza, directeur administratif de la société Africontainers-Zaïre, le 29 septembre 1997⁵⁰. Les représentants de la société ont, dans un premier temps, participé à ces réunions puis s'en sont retirées sur instruction de M. Diallo.

1.16. Il est vrai que, peu avant cette invitation, la GÉCAMINES avait transmis à Africontainers-Zaïre une lettre de protestation contre les manœuvres frauduleuses auxquelles avaient eu recours les agents d'Africontainers-Zaïre au préjudice de la GÉCAMINES et qui

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Voy. annexes 5 et 6, EPRDC.

⁵⁰ Voy. annexe 7, EPRDC.

venaient d'être mises au jour⁵¹. Ces manœuvres, mises sur pied dans le courant des années 1980, et que la GÉCAMINES venait de découvrir, consistaient à « introduire dans le lot des containers expédiés à Lubumbashi pour son compte », plusieurs autres conteneurs qui étaient expédiés dans la même ville par Africontainers-Zaïre pour d'autres sociétés de la place. Le retour à vide à Kinshasa de ces conteneurs aurait coûté environ 1.000 dollars des Etats-Unis par unité à la société Africontainers-Zaïre. En les incorporant frauduleusement dans le lot régulier des conteneurs expédiés à la GÉCAMINES, Africontainers-Zaïre faisait payer à celle-ci le prix de leur retour à Kinshasa. Dans un premier temps, la GÉCAMINES avait relevé 186 cas de semblable utilisation frauduleuse et entendait poursuivre ses investigations plus en avant⁵². On peut supposer que cette pratique, suivie de longue date par Africontainers-Zaïre, est peut-être l'un des facteurs qui explique qu'en dépit de plusieurs menaces en ce sens⁵³, Africontainers-Zaïre n'a jamais porté le litige qui l'opposait à la GÉCAMINES devant les tribunaux zaïrois. La République démocratique du Congo reviendra sur ce point dans le chapitre III des présentes écritures, consacré à l'exception du non-épuisement des recours internes.

1.17. En tout état de cause, il s'est avéré que les perspectives de règlement définitif qu'ouvraient les négociations menées en septembre 1997 se sont confirmées pour plusieurs des sociétés transitaires qui ont participé à ces réunions. Ainsi, au cours de ce deuxième tour de négociations, la GÉCAMINES a trouvé une solution amiable avec les sociétés Kincontainers, ATAF et FLUCOCO, qui ont récupéré au total plusieurs centaines de milliers de dollars américains à l'issue de ces discussions⁵⁴. De façon intéressante, les documents qui consignent ces accords permettent de relever que ces sociétés facturaient la location de leurs conteneurs à des tarifs qui étaient de six à vingt fois moins élevés que ceux pratiqués par Africontainers-Zaïre⁵⁵.

1.18. La complète démesure des prétentions financières Africontainers-Zaïre paraît d'ailleurs avoir joué un rôle non négligeable dans le blocage de cet important dossier. En effet, depuis la formulation de ses prétentions initiales, Africontainers-Zaïre a, à plusieurs reprises, actualisé ses revendications en fonction du nombre de conteneurs qu'elle estimait

⁵¹ Lettre DAT/DIR/45.137/97 du 17 septembre 1997, annexe 8, EPRDC.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Voy. e.a. la sommation d'huissier adressée à la GÉCAMINES à la requête d'Africontainers-Zaïre, le 5 février 1996, MRG, annexe 198.

⁵⁴ Voy. annexe 9, pp. 36-39, EPRDC.

immobilisés sur les installations de la GÉCAMINES, ou utilisés abusivement par cette dernière. Africontainers-Zaïre a également prétendu tenir compte de l'actualisation de ses tarifs, ce qui l'a amené à formuler des revendications financières de plus en plus considérables. Ainsi, alors que la société chiffrait, en 1992, le préjudice qu'elle avait subi du fait de cette situation à un montant total de plus de 30 millions de dollars des Etats-Unis⁵⁶, l'estimation de ce dommage était passé, en 1996, à un total de plus de 14 milliards de dollars, soit davantage que l'ensemble de la dette extérieure de la République démocratique du Congo !⁵⁷. Les négociations tenues en 1997 n'ont pas débouché sur une réévaluation, par Africontainers-Zaïre, des montants qu'elle estime lui être dus par la GÉCAMINES.

1.19. Le bien-fondé de la plupart de ces revendications a été fermement contesté par la GÉCAMINES au cours des négociations de 1997. La GÉCAMINES a, à cet effet, déployé une argumentation juridique élaborée, aux termes de laquelle :

- le contrat tripartite de 1983 ne contenait aucune clause d'exclusivité au profit d'Africontainers-Zaïre ;
- la demande d'Africontainers-Zaïre fondée sur l'utilisation abusive de ses conteneurs était largement surévaluée ;
- la demande d'Africontainers-Zaïre relative à la réactualisation des factures adressées à la GÉCAMINES était difficilement concevable, dès lors que toutes ces factures avaient été réglées par l'entreprise publique au moment où elles avaient été présentées —pour les premières d'entre elles, douze ans avant la demande de réactualisation présentée par Africontainers-Zaïre ;
- le délai pour introduire une réclamation étant de deux ans à compter du jour de la remise des containers partiellement ou totalement avariés (article 27, section 2 du Code de commerce), il y avait prescription de la réclamation qui avait été introduite 10 ans après les faits.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 29-39.

⁵⁶ Voy. le procès-verbal de la réunion tenue entre les parties le 1^{er} juin 1995, MRG, annexe 151, p. 2.

Cette position ferme n'a pas empêché l'entreprise d'Etat de reconnaître qu'un certain nombre de points demeuraient incontestablement en litige entre les deux sociétés, pour lesquels des dédommagements seraient vraisemblablement dus à Africontainers-Zaïre. Trois réclamations, se montant respectivement à 786.387,20 dollars (en raison de l'immobilisation de 28 conteneurs dans les installations de GÉCAMINES), 523.852 dollars (en raison de la perte de 20 conteneurs) et 44.520,00 dollars (couvrant 6 factures de prestations impayées par la GÉCAMINES) entrent ainsi dans cette dernière catégorie. Le retrait des négociations par Africontainers-Zaïre en octobre 1997 n'a pas permis de clarifier la position des sociétés concernées au sujet de ces trois dernières réclamations. En tout état de cause, la GÉCAMINES demeure à ce jour entièrement disposée à reprendre les négociations avec Africontainers-Zaïre sur cette base, voire à soumettre ce litige aux tribunaux congolais si les parties ne pouvaient s'accorder sur un règlement satisfaisant.

1.20. Un élément important se dégage une fois encore de cet exposé. Si M. Diallo a, dans les faits, joué un rôle extrêmement important dans la naissance, le développement et la persistance de ces litiges, il a toujours agi au nom et pour le compte d'une société congolaise possédant une personnalité juridique propre, la société Africontainers-Zaïre. Ce sont les créances de cette société qu'il a, dès l'origine, prétendu recouvrer, et ce en vertu de contrats conclus par cette même société. C'est encore au nom d'Africontainers-Zaïre, et non en son nom propre, qu'il a ensuite formulé des revendications financières exorbitantes. Juridiquement, le litige a toujours opposé, et oppose encore, deux sujets de droit zaïrois puis congolais, Africontainers-Zaïre et la GÉCAMINES. Le même schéma se retrouve d'ailleurs lorsqu'on envisage le contentieux entre Africontainers-Zaïre et l'ONATRA.

⁵⁷ Voy. la sommation d'huissier adressée à la GÉCAMINES à la requête d'Africontainers-Zaïre, le 5 février 1996, MRG, annexe 198.

Section 4. Le contentieux d'Africontainers-Zaïre avec l'ONATRA

1.21. Le différend qui s'est graduellement fait jour entre Africontainers-Zaïre et l'ONATRA s'inscrit, lui aussi sur la même toile de fond que le litige opposant la société transitaire à la GÉCAMINES. La fermeture provisoire du port de Kinshasa, en 1986, constitue, ici aussi, le point de départ de la dégradation des relations entre ces deux partenaires commerciaux.

1.22. A la suite des problèmes de manutention que connaissait l'ONATRA au port fluvial de Kinshasa et des travaux de réaménagement et de modernisation qui s'y déroulaient, la GÉCAMINES convoqua une réunion des sociétés transitaires concernées par cette situation. Cette réunion, qui s'est tenue à Lubumbashi le 5 juillet 1986, regroupait les sociétés ATAF, Kincontainers, Flucoza, Mobil Oil et Africontainers-Zaïre. Au cours de cette rencontre, la GÉCAMINES informa les participants de la décision prise le 26 juin 1986 par la GÉCAMINES, l'ONATRA et la SNCZ (Société Nationale des Chemins de fer du Zaïre), de transférer du port fluvial de Kinshasa vers le port maritime de Matadi toutes les opérations de dépotage (ouverture) des conteneurs locaux à cause des travaux de reconstruction du port de Kinshasa⁵⁸. Tous les transitaires présents, y compris Africontainers-Zaïre, ont compris et accepté le bien-fondé de cette décision dont les termes ont été consignés dans le procès-verbal de la réunion du 5 juillet 1986. L'ensemble des sociétés transitaires avaient fait remarquer à cette occasion qu'elles se verraient dans l'obligation de faire payer à l'ONATRA ce qu'elles appelaient le « chômage ou le séjour prolongé » de leurs conteneurs au port maritime de Matadi. Dans le cadre de ces mesures temporaires, l'ONATRA s'était donc engagé à réexpédier le plus vite possible les conteneurs vides à Kinshasa, après leur dépotage au port de Matadi, en vue de répondre aux craintes exprimées par les sociétés transitaires sur ce point.

1.23 Mais, une année seulement après le début de cette opération, Africontainers-Zaïre fut la seule société à introduire une réclamation auprès de l'ONATRA pour « chômage et séjour prolongé de ses containers au port de Matadi »⁵⁹. Africontainers-Zaïre procédant unilatéralement au calcul du préjudice qu'elle estimait avoir subi de ce fait, et à la réactualisation permanente des chiffres sur la base d'un taux d'intérêts de 20 % par mois de

⁵⁸ MRG, Annexe 32.

⁵⁹ Voy. par exemple l'annexe 17, EPRDC.

retard, la somme que la société réclamait à l'ONATRA à titre de réparation est passée de 7.541.600 zaïres en août 1987 à 6.980.254.068 zaïres en avril 1990⁶⁰.

1.24. Après avoir examiné la réclamation d'Africontainers-Zaïre, l'ONATRA proposa à la société transitaire de parvenir à un règlement amiable du litige. A l'issue de négociations entre les deux parties, il fut convenu que l'ONATRA verserait à Africontainers-Zaïre une indemnité forfaitaire de 150 millions de zaïres (soit l'équivalent à l'époque de 254.360 dollars des Etats-Unis), en trois mensualités. Cet arrangement a été consigné dans un acte transactionnel signé par les deux parties le 6 juin 1990 pour mettre un terme au litige⁶¹. L'ONATRA respecta ses engagements en versant à Africontainers-Zaïre la totalité du montant de la transaction.

1.25. Cette transaction fut cependant remise en cause par Africontainers-Zaïre peu de temps après. Par une lettre du 12 octobre 1990, la société transitaire dénonçait la transaction intervenue quelques mois plus tôt et introduisait une nouvelle réclamation auprès de l'ONATRA, pour une somme de plus de 42 milliards de zaïres⁶². Africontainers-Zaïre justifiait cette démarche par le fait que l'ONATRA avait dissimulé l'utilisation abusive d'un certain nombre de conteneurs appartenant à la société transitaire (alors que la transaction ne portait, selon Africontainers-Zaïre, que sur le chômage des conteneurs), et que le nombre de conteneurs concernés avait été nettement sous-estimé. Ces prétentions ont été fermement rejetées par l'entreprise publique, qui a entre autres fait valoir qu'il était clair que la transaction de juin 1990 couvrait à la fois les situations de chômage *et* d'utilisation abusive des conteneurs d'Africontainers-Zaïre par l'ONATRA⁶³. Comme l'exposait cette dernière, en effet, la lettre par laquelle Africontainers-Zaïre rappelait sa réclamation mentionnait comme objet le « chômage et l'utilisation abusive » des conteneurs de la société. Or, le procès-verbal de la transaction indiquait précisément que les parties s'étaient réunies « aux fins d'examiner le dossier relatif au litige tel que repris dans la lettre Africontainers-Zaïre S.P.R.L. n° 027/AFC/90 du 26 avril 1990 ». L'objet de la réunion ne pouvait, à l'évidence, faire de doute pour ceux qui y ont participé à l'époque. La remise en cause, sur cette base, de l'accord intervenu entre les deux parties en juin 1990 apparaissait donc manifestement manquer de

⁶⁰ Annexes 18 et 19, EPRDC.

⁶¹ MRG, annexe 69.

⁶² MRG, annexe 72.

⁶³ Annexe 22, EPRDC.

fondement. L'ONATRA a dès lors fermement maintenu par la suite la fin de non-recevoir qu'elle avait initialement opposée à cette nouvelle revendication⁶⁴.

1.26. Ceci n'a pas empêché Africontainers-Zaïre de maintenir, dans ce dossier, les prétentions financières considérables formulées en octobre 1990. Cette réclamation s'est d'ailleurs parfois accompagnée de revendications plus surprenantes encore, qui témoignent assez bien de la véritable personnalité de M. Diallo. Ainsi, dans une lettre adressée à l'ONATRA en juillet 1992, Africontainers-Zaïre —par la plume de M. Diallo— faisait valoir que

« ...nous sommes les pionniers de l'instauration de la conteneurisation locale au Zaïre et [...] l'ONATRA devrait nous rétribuer le droit d'auteur compte tenu des avantages de ce mode de transport et du bénéfice que vous en avez tiré »⁶⁵.

Cette revendication apparaissait sans nul doute justifiée par le fait que, comme l'avait déjà exposé Africontainers-Zaïre un an plus tôt,

« ...notre société a rendu d'immenses services à l'ONATRA et à l'humanité grâce au génie de son Président-Directeur Général Mr. Diallo »⁶⁶.

Il est vrai que ces prétentions n'ont jamais été chiffrées, Africontainers-Zaïre se contentant d'observer à ce propos que « [l]'ONATRA comme tous les bénéficiaires de son génie, [...] doivent de sincères remerciements » à M. Diallo⁶⁷.

1.27. Un second litige, d'ampleur nettement plus limitée, est venu se greffer sur ce premier contentieux. Il trouve son origine dans la perte de deux conteneurs d'Africontainers-Zaïre par l'ONATRA, ces deux conteneurs étant tombés dans le fleuve Zaïre en décembre 1988, alors que l'ONATRA en assurait le transport⁶⁸. L'ONATRA n'a jamais remis en cause le principe de sa responsabilité dans cet incident, mais les deux parties n'ont pu arriver à s'accorder sur le montant dû à Africontainers-Zaïre à titre de réparation, les prétentions de la société transitaire ayant été jugées excessives par l'entreprise publique⁶⁹. En effet, alors que cette dernière proposait le remplacement des deux conteneurs, ainsi qu'une indemnité de 18,9 millions de

⁶⁴ Annexe 22, EPRDC.

⁶⁵ Annexe 29, EPRDC.

⁶⁶ Annexe 30, EPRDC.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Voy. la lettre adressée à ce propos par Africontainers-Zaïre à l'ONATRA, en date du 10 mai 1990, annexe 31, EPRDC.

⁶⁹ Voy. e.a. le procès-verbal de la réunion du 13 mars 1991 entre les deux parties, annexe 24, EPRDC.

zaïres destinée à couvrir le manque à gagner résultant, pour la société transitaire, de l'indisponibilité des conteneurs, Africontainers-Zaïre réclamait pour sa part plus de deux milliards de zaïres d'indemnité à ce titre⁷⁰. L'application d'un taux d'intérêts commerciaux de septante-cinq (75) % par an sur l'indemnité de chômage expliquait l'importance de la somme demandée⁷¹. En dépit de diverses démarches ultérieures effectuées par l'ONATRA, et de la formulation par cette dernière d'autres propositions de règlement⁷², le litige demeure non réglé à ce jour, Africontainers-Zaïre n'ayant jamais répondu aux dernières propositions formulées par l'ONATRA en décembre 1992.

1.28. Tout comme l'a fait la GÉCAMINES, l'ONATRA a toujours traité les réclamations formulées par Africontainers-Zaïre avec sérieux et professionnalisme. Les nombreuses tentatives de règlement auxquelles l'entreprise publique a procédé en vue d'arriver à une solution des litiges qui l'opposaient à Africontainers-Zaïre en témoignent. De même, l'ONATRA n'a pas hésité à diligenter des inspections internes afin de vérifier le bien-fondé des réclamations formulées par Africontainers-Zaïre. On peut entre autres mentionner à ce titre la mission effectuée par ses services à Matadi en octobre et en novembre 1989, afin de vérifier la situation des conteneurs sur le terrain et l'ampleur des irrégularités éventuelles⁷³. Ces éléments témoignent d'une gestion de bonne foi de ces dossiers de la part de l'ONATRA, et certainement pas d'une politique de blocage ou d'opposition systématique face aux réclamations d'Africontainers-Zaïre. La meilleure preuve en est que, lorsque ces revendications étaient effectivement fondées, elles ont donné lieu non seulement à l'admission de sa responsabilité de la part de l'entreprise publique, mais également à des réparations financières significatives.

1.29. Ce sont peut-être ces facteurs qui expliquent que, comme à l'égard de la GÉCAMINES, Africontainers-Zaïre n'ait jamais saisi les tribunaux zaïrois d'une quelconque réclamation à l'encontre de l'ONATRA. Cinq ans s'étaient pourtant écoulés entre le moment où l'entreprise publique a confirmé son refus définitif des prétentions formulées par Africontainers-Zaïre dans le premier des dossiers détaillés dans les pages qui précèdent, et le jour où M. Diallo a été contraint de quitter le territoire zaïrois. Ces éléments de fait seront repris lorsque sera exposée l'exception du non-épuisement des voies de recours internes, dans

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Annexe 23, EPRDC.

⁷² Voy. e.a. les annexes 25, 26 et 32.

le chapitre III des présentes écritures. Quant au défaut de qualité pour agir de la République de Guinée (qui sera démontré dans le chapitre II), il sera fondé sur la circonstance que, comme pour les autres litiges qui sont exposés, celui-ci a opposé, et oppose toujours, deux sujets de droits zairois puis congolais, Africontainers-Zaïre et l'ONATRA. Ici encore, les prétentions, revendications et réclamations ont été formulées au nom et pour le compte d'Africontainers-Zaïre, en tant que personne morale titulaire de créances et de droits contractuels propres.

⁷³ Voy. le rapport de mission, annexe 15, EPRDC.

Section 5. Le contentieux d'Africontainers-Zaïre avec la société Fina

1.30. A l'instar du contentieux entre l'ONATRA et Africontainers-Zaïre, celui qui oppose cette société à la société Fina recouvre deux litiges distincts. Ces deux litiges trouvent leur origine, pour le premier, dans la perte, par la société Fina, de deux conteneurs appartenant à Africontainers-Zaïre et, pour le second, dans l'application du contrat tripartite de 1983.

1.31. Le 14 mars 1987, sept conteneurs confiés par les sociétés transitaires Trans-Tshikem et Africontainers-Zaïre à Zaire Fina tombent dans le fleuve Congo sur le trajet Kinshasa - Lubumbashi. Cinq de ces conteneurs appartenaient à la première de ces sociétés, deux à la seconde. La société Fina a reconnu sa responsabilité dans cet incident, et s'est engagée à indemniser les deux sociétés transitaires pour la perte qu'elles avaient subie à cette occasion. En vertu de la police d'assurance contractée par Fina pour couvrir ce type de sinistre, c'est la Société Nationale d'Assurance (SONAS) qui a versé une indemnité destinée à compenser la perte subie par les deux sociétés transitaires. La société Trans-Tshikem a accepté le paiement proposé.

1.32. Le 30 juin 1990, Fina a mis à la disposition d'Africontainers-Zaïre la somme de 684.310 zaïres qui lui avait été versée par la SONAS à titre d'indemnisation pour la perte des deux conteneurs. Dans un premier temps, Africontainers-Zaïre a jugé insuffisante la somme proposée et a refusé de l'encaisser. Ce n'est qu'une année plus tard, le 16 avril 1991, que la société Africontainers-Zaïre a finalement encaissé ce montant au greffe du Tribunal de grande instance de Kinshasa-Gombe où Fina l'avait déposé dans le cadre de la procédure de consignation applicable en pareilles circonstances.

1.33. Pourtant, après avoir encaissé la somme offerte à titre de réparation, Africontainers-Zaïre a intenté, le 10 mars 1993, une action judiciaire contre Fina devant le Tribunal de grande instance de Kinshasa-Gombe et réclamé le paiement d'une somme équivalente à la valeur de remplacement des deux conteneurs perdus, ainsi que des dommages et intérêts pour le préjudice subi à la suite de cet incident. Par son jugement du 12 août 1993, le Tribunal a condamné Fina à payer à la société demanderesse une somme totale de 38 millions de dollars des Etats-Unis à titre de réparation⁷⁴. Fina a interjeté appel contre cette décision, et la Cour

⁷⁴ Annexe 53, EPRDC.

d'appel de Kinshasa-Gombe a, par son arrêt du 24 février 1994, annulé le jugement de première instance et déclaré irrecevable l'action d'Africontainers-Zaïre⁷⁵. La demanderesse initiale a, à son tour, formé un pourvoi en cassation contre la décision d'appel, en date du 23 février 1995. La cause demeure à ce jour pendante devant la Cour Suprême de Justice du Congo⁷⁶. Cette affaire n'a pas connu d'autres développements depuis lors, à l'exception du dépôt, par le Ministère public près la Cour, de conclusions favorables à la cassation de la décision d'appel (et donc à la réouverture des débats au fond), en 1995⁷⁷.

1.34. Le second litige qui oppose Africontainers-Zaïre à la société Fina trouve, quant à lui, son origine dans l'application et l'interprétation du contrat tripartite de 1983. Comme à l'encontre de la GÉCAMINES, Africontainers-Zaïre articule à cet égard plusieurs griefs contre Fina, lui reprochant entre autres de ne pas avoir respecté la clause d'exclusivité qui, selon la société transitaire, figurait dans la convention⁷⁸. Africontainers-Zaïre entendait également procéder à la réactualisation des tarifs pratiqués pour la location de ses conteneurs par Fina. La société transitaire chiffrait le préjudice qu'elle avait subi de ce fait à plus de 14 millions de dollars des Etats-Unis⁷⁹. Les prétentions d'Africontainers-Zaïre ont toutes deux été rejetées par Fina, au motif que le contrat de 1983 ne contenait aucune clause d'exclusivité, et qu'il ne pouvait être question de procéder à une réactualisation *a posteriori* des tarifs pratiqués par Africontainers-Zaïre, alors que Fina avait depuis longtemps acquitté l'ensemble des factures que la société transitaire lui avait adressées dans le cadre de leurs relations commerciales⁸⁰. De plus, Fina avait eu l'occasion de rappeler plus tôt que c'était au contraire Africontainers-Zaïre qui n'avait pas été en mesure, à diverses reprises, de fournir les prestations requises par le contrat de 1983 ; Fina avait alors invité la société transitaire à reprendre contact avec elle s'il apparaissait possible à Africontainers-Zaïre de reprendre ses activités dans le cadre du contrat⁸¹. Ici encore, ce comportement dénote indéniablement une bonne foi manifeste dans le chef de la société pétrolière. Si elle refuse fermement les prétentions d'Africontainers-Zaïre qu'elle juge infondées, elle n'envisage nullement de reprocher à la société transitaire ses propres manquements dans l'exécution du contrat de 1983, et l'invite au contraire à reprendre leurs relations commerciales dès qu'Africontainers-

⁷⁵ Annexe 54, EPRDC.

⁷⁶ Voy. la lettre du Greffier en chef de la Cour suprême de Justice, annexe 55, EPRDC.

⁷⁷ MRG, annexe 149.

⁷⁸ Voy. e.a. l'échange de courrier entre Fina et l'avocat d'Africontainers-Zaïre, annexes 48 et 49, EPRDC.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Voy. la lettre du 9 février 1993, annexe 49, EPRDC. Ce courrier rappelle les positions déjà exprimées antérieurement par Fina sur ces deux points (voy. en ce sens la lettre du 15 mai 1992, annexe 50, EPRDC).

Zaire l'estimera possible. L'on se trouve donc bien loin, une fois encore, d'une politique de blocage et d'opposition systématiques à l'encontre des sociétés zairoises dont M. Diallo était le dirigeant.

1.35. Après plus de deux ans et demi de silence sur ce litige, Africontainers-Zaire a renouvelé ses revendications à l'égard de Fina en novembre 1995. C'est en effet à cette date que la société transitaire a transmis à Fina des notes de débit pour un montant total de plus de deux milliards six cent millions (2,6 milliards) de dollars des Etats-Unis⁸². C'est, une nouvelle fois, par l'application de taux d'intérêts bancaires exorbitants (ces taux sont ainsi fixés à 350 % pour l'année 1993, et à 422 % pour l'année 1994...) ⁸³, que ces montants sont atteints, alors que la créance initiale qu'Africontainers-Zaire prétend détenir à l'encontre de Fina ne se monte, d'après les chiffres présentés par la société elle-même, qu'à un peu plus de 323.000 dollars⁸⁴. Ces prétentions ont à nouveau été fermement repoussées par l'avocat de Fina, en date du 16 novembre 1995⁸⁵.

1.36. Ce second volet du contentieux qui oppose Africontainers-Zaire à la société Fina n'a jamais été soumis aux tribunaux zairois, et n'a pas fait l'objet d'autres développements à ce jour. La République démocratique du Congo reviendra sur ce fait lorsqu'elle démontrera que les voies de recours internes n'ont pas été épuisées (chapitre III). Elle relève aussi que, une fois encore, c'est Africontainers-Zaire en tant que personne morale distincte, détentrice de droits contractuels propres, qui s'est positionnée dans le cadre de ce litige, ce qui ne fera que confirmer la base factuelle permettant de dénier à la République de Guinée la qualité pour agir dans la présente espèce (chapitre II).

⁸¹ Voy. la lettre du 14 avril 1992, annexe 51, EPRDC.

⁸² MRG, annexe 182.

⁸³ *Ibid.*, p. 2 de la note de débit.

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 1 et 7 de la note de débit.

⁸⁵ Annexe 52, EPRDC.

Section 6. Le contentieux d'Africontainers-Zaïre avec la société Shell

1.37. Le litige qui oppose Africontainers-Zaïre à la société Shell trouve, lui aussi, sa source dans le contrat tripartite de 1983. Pendant de longues années, toutefois, l'exécution de cette convention n'a soulevé aucune difficulté entre ces deux partenaires commerciaux. Ce n'est qu'en mai 1992 que, de façon abrupte, Africontainers-Zaïre a formulé diverses réclamations à l'encontre de la société pétrolière⁸⁶. La société transitaire reprochait ainsi à Shell la rupture abusive des contrats de 1981 et de 1983 et lui réclamait le paiement de la somme de 10 millions de dollars des Etats-Unis, à titre d'indemnité pour rupture des contrats et de 1.758.750 dollars à titre d'indemnité pour concurrence déloyale⁸⁷. Ces prétentions ont rapidement été rejetées par Shell qui a fait valoir, à l'instar des autres parties au contrat, que celui-ci ne contenait aucune clause d'exclusivité en faveur d'Africontainers-Zaïre⁸⁸.

1.38. Ce n'est toutefois que deux ans et demi plus tard, au début de l'année 1995, qu'Africontainers-Zaïre décide de porter ce litige devant les tribunaux, en demandant à titre principal que Shell soit condamnée à lui verser un peu plus de 13 millions de dollars américains pour la rupture des contrats de 1981 et 1983, ainsi que 10 millions de dollars à titre de dommages et intérêts. Le Tribunal de grande instance de Kinshasa-Gombe a fait droit à la première de ces prétentions, dans son jugement du 3 juillet 1995, par lequel il a également condamné la société défenderesse au paiement de 50.000 dollars à Africontainers-Zaïre, au titre de dommages et intérêts⁸⁹. Il a également ordonné « l'exécution provisoire du jugement nonobstant tous recours et sans caution uniquement en ce qui concerne la somme principale de 13.106.704,39 \$US »⁹⁰.

1.39. Le Tribunal a, pour l'essentiel, fondé sa décision sur le fait que « la créance [était] certaine et a été vérifiée et reconnue par la défenderesse »⁹¹. Or, Shell a toujours contesté le caractère certain de la créance en cause, et ne l'a assurément jamais reconnue. En réalité, c'est sur la base d'une pièce comptable présentée par Africontainers-Zaïre que la juridiction saisie a atteint cette conclusion. Il s'agissait, en l'occurrence, d'un document provenant de la firme d'audit Coopers & Lybrand, chargée par la société Shell de vérifier ses comptes pour

⁸⁶ Voy. la lettre adressée à Shell par Africontainers-Zaïre en date du 25 mai 1992, annexe 59, EPRDC.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Voy. la lettre adressée par Shell à Africontainers-Zaïre en date du 17 juillet 1992, Annexe 60, EPRDC.

⁸⁹ MRG, annexe 153.

⁹⁰ *Ibid.*, troisième feuillet du jugement.

l'année 1993. Dans ce cadre, la société pétrolière a adressé, en date du 28 février 1994, une lettre circulaire à tous ses fournisseurs et autres prestataires de services dans laquelle elle demandait, comme d'habitude, à chacun d'entre eux de contacter la firme d'audit, en vue de confirmer l'existence de créances éventuelles à l'égard de Shell⁹². La société Africontainers-Zaïre a donc reçu cette lettre, comme l'ensemble des autres fournisseurs et prestataires de services de Shell⁹³. Profitant de l'occasion qui lui était ainsi offerte, Africontainers-Zaïre a renvoyé le document en cause le 15 mars 1994 à Coopers & Lybrand, en y faisant figurer, à côté de créances mineures reconnues par Shell, et totalisant 540,59 dollars, une créance fictive à l'encontre de la société pétrolière, pour un montant de 13.106.704,39 dollars des Etats-Unis⁹⁴. Il s'agit donc là d'une prétention purement unilatérale, qui, du fait de sa consignation dans un document de la firme d'audit, a malencontreusement été considérée par le Tribunal de grande instance de Kinshasa-Gombe comme ayant été admise par la société Shell.

1.40. En dépit des incertitudes qui entouraient cette décision —ou peut-être, précisément, à cause de celles-ci—, Africontainers-Zaïre a alors entrepris de procéder à l'exécution forcée du jugement. Shell a cependant tenté de s'opposer à cette démarche, en introduisant devant la Cour d'appel de Kinshasa-Gombe une assignation en défense d'exécution, en vue d'obtenir de la Cour l'annulation de la décision d'exécution provisoire du jugement de première instance⁹⁵. Dans le même temps, Shell a interjeté appel de la décision de première instance dans son ensemble⁹⁶. Par son arrêt du 24 août 1995, la Cour d'appel de Kinshasa-Gombe a toutefois rejeté la requête de Shell relative à l'exécution provisoire, en raison du fait que l'appelante n'avait pas produit « une expédition pour appel ou la copie signifiée ou certifiée conforme du jugement entrepris »⁹⁷. Shell s'est alors pourvue en cassation à l'encontre de cette décision devant la Cour suprême de Justice⁹⁸.

1.41. Ces procédures ne faisant pas obstacle à l'exécution provisoire du jugement, celle-ci a alors été entamée par Africontainers-Zaïre. Une signification du jugement de première

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Annexe 61, EPRDC.

⁹³ Annexe 62, EPRDC.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Annexe 66, EPRDC.

⁹⁶ Annexe 63, EPRDC.

⁹⁷ Voy. le dispositif de l'arrêt, annexe 65, EPRDC.

⁹⁸ Annexe 67, EPRDC.

instance a ainsi été effectuée à Shell par huissier en date du 29 août 1995⁹⁹. Un huissier a commencé à procéder à une saisie-exécution sur les biens de la société Shell le 13 septembre 1995. Cette saisie-exécution a néanmoins été interrompue par l'intervention téléphonique du vice-ministre de la Justice, intimant l'ordre à l'huissier de « laisser les choses dans leur état »¹⁰⁰. La procédure a repris son cours peu de temps après, le ministre de la Justice ayant invité le premier président de la Cour d'appel de Kinshasa-Gombe à « prendre les dispositions utiles pour exécuter [la] décision judiciaire » par laquelle la Cour d'appel avait rejeté la requête de Shell visant à suspendre l'exécution provisoire du jugement de première instance¹⁰¹. Le ministre faisait valoir, à l'appui de cette demande, le fait qu' « après examen de l'arrêt R.C.A. 18.307 du 24 août 1995 de la Cour d'appel de Kinshasa/Gombe, il s'avère qu'il n'y a eu aucun mal jugé manifeste » dans le cadre de la procédure de la défense d'exécution¹⁰². Parallèlement au blocage des comptes bancaires de la société Shell¹⁰³, un certain nombre de ses biens ont été saisis peu de temps après, comme en témoigne entre autres un procès-verbal de saisie-exécution du 6 octobre 1995¹⁰⁴.

1.42. La procédure au fond en appel —qui, quant à elle, n'a jamais été concernée par la procédure d'exécution provisoire du jugement rendu en première instance— a depuis lors connu un nouveau développement avec l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Kinshasa-Gombe, en date du 20 juin 2002¹⁰⁵. Cet arrêt met à néant le jugement de première instance, et condamne Shell à payer à Africontainers-Zaïre les sommes de 540,59 dollars des Etats-Unis, à titre de créance principale, et de 1.000 dollars, à titre de dommages et intérêts. La Cour a ainsi écarté les prétentions d'Africontainers-Zaïre relatives aux violations du contrat de 1983 dont se serait rendue responsable la société Shell, tout en reconnaissant l'existence de dettes mineures dont Shell demeurerait redevable à l'égard de la société transitaire. A ce jour, Africontainers-Zaïre n'a pas réagi à cette décision de justice.

1.43. Enfin, comme elle l'avait fait avec Fina, Africontainers-Zaïre a, en date du 29 septembre 1995, adressé à Shell une note de débit relative à la régularisation des factures qui

⁹⁹ MRG, annexe 167.

¹⁰⁰ Voy. le rapport d'exécution de la saisie, MRG, annexe 171.

¹⁰¹ Lettre du 28 septembre 1995, MRG, annexe 177.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Comme en atteste la note de synthèse du 11 octobre 1995, annexe 72, EPRDC.

¹⁰⁴ MRG, annexe 179.

¹⁰⁵ Annexe 64, EPRDC.

avaient été adressées à la société pétrolière entre 1982 et 1990¹⁰⁶. Le procédé et le mode de calcul des montants qu'Africontainers-Zaïre estime lui être dus par Shell sont identiques à ceux utilisés dans la note envoyée à la société Fina. Une fois encore, l'application des mêmes taux d'intérêts exorbitants conduit Africontainers-Zaïre à réclamer à Shell un montant total de plus de 1,8 milliard de dollars des Etats-Unis¹⁰⁷, alors que la créance initiale qu'Africontainers-Zaïre prétend détenir à l'encontre de la société pétrolière ne se monte, d'après les chiffres présentés par Africontainers-Zaïre elle-même, qu'à un peu plus de 277.000 dollars¹⁰⁸.

1.44. Cette dernière réclamation, que Shell n'a évidemment pas accueillie, n'a jamais été portée en justice par Africontainers-Zaïre. La République démocratique du Congo reviendra sur ce point dans le cadre du chapitre III des présentes écritures. Elle s'appuiera également, en ce qui concerne le problème juridique de la qualité pour agir (chapitre II), sur le fait que le demandeur est, ici encore, Africontainers-Zaïre, soit une personne morale de droit congolais, et non M. Diallo agissant à titre individuel et sur la base de droits propres.

¹⁰⁶ MRG, annexe 178.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 1 et 7 de la note de débit.

Section 7. Le contentieux d'Africontainers-Zaïre avec la société Mobil Oil

1.45. Le contentieux qui oppose Africontainers-Zaïre à la société pétrolière Mobil Oil s'inscrit dans le droit fil de ceux qui viennent d'être évoqués dans les pages qui précèdent. Ici encore, c'est l'application du contrat tripartite de 1983 qui est mise en cause par Africontainers-Zaïre, dans une lettre adressée à la société pétrolière le 24 avril 1992¹⁰⁹. La réclamation présentée par Africontainers-Zaïre portait sur un montant de plus de 13 millions de dollars des Etats-Unis, demandés à titre de réparation pour les dommages qu'aurait subis la société transitaire à la suite de la méconnaissance, par Mobil Oil, des obligations découlant des contrats conclus par les deux sociétés en 1980 et en 1983. Mobil a immédiatement rejeté ces prétentions, en faisant entre autres valoir que le contrat de 1980 avait été résilié et remplacé par l'accord tripartite de 1983, et que la première de ces conventions ne pouvait dès lors constituer la base d'une quelconque réclamation¹¹⁰. La société pétrolière faisait remarquer, par la même occasion que l'inexécution du contrat de 1983, qui avait été observée depuis quelque temps, était due au fait que les services d'Africontainers-Zaïre ne fonctionnaient plus de manière régulière, et n'était en rien imputable à Mobil¹¹¹. Enfin, Mobil notifiait également à Africontainers-Zaïre la résiliation du contrat de 1983, moyennant un préavis de 10 jours, conformément aux clauses de la convention¹¹².

1.46. A l'exception d'une lettre adressée à la société Mobil le 29 mai 1992, par laquelle elle complétait ses réclamations¹¹³, Africontainers-Zaïre ne s'est plus adressée à la société pétrolière jusqu'à la fin de l'année 1995, et n'a jamais répondu aux arguments avancés par cette dernière pour faire pièce à ses prétentions. Au début du mois de novembre 1995, comme elle l'avait fait avec les deux autres sociétés pétrolières parties au contrat de 1983, Africontainers-Zaïre a adressé à Mobil Oil une note de débit globale, pour un montant total de près de 1,7 milliard de dollars des Etats-Unis¹¹⁴. Ici encore, les mêmes causes ont produit les mêmes effets, et c'est l'application de taux d'intérêts exorbitants qui ont fait passer à la somme susmentionnée une créance que la société transitaire prétendait détenir sur Mobil, et qu'Africontainers-Zaïre chiffrait initialement à un peu plus de 253.000 dollars...¹¹⁵. Mobil

¹⁰⁹ Annexe 40, EPRDC.

¹¹⁰ Voy. la lettre du 12 mai 1992, annexe 42, EPRDC.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Annexe 43, EPRDC.

¹¹⁴ MRG, annexe 183.

¹¹⁵ *Ibid.*

Oil a, une nouvelle fois, rejeté fermement ces prétentions par une lettre du 23 novembre 1995¹¹⁶.

1.47. En dépit de la fin de non-recevoir qui lui a été opposée de façon très claire, Africontainers-Zaïre n'a jamais saisi les tribunaux zaïrois de ce litige, ce qui sera un élément de fait supplémentaire à prendre en compte pour attester du défaut d'épuisement des voies de recours internes en l'espèce (chapitre III). En tout état de cause, c'est une fois encore la société congolaise Africontainers-Zaïre, et non M. Diallo en tant que tel, qui est partie à ce litige particulier, ce qui ne fera que confirmer le défaut de qualité pour agir de la République de Guinée.

¹¹⁶ Annexe 44, EPRDC ; voy. aussi la lettre adressée par Mobil à la Fédération des entreprises du Congo en date du 28 juin 1999, dans laquelle la société pétrolière expose à nouveau les raisons pour lesquelles les prétentions d'Africontainers-Zaïre sont dépourvues de fondement (Annexe 45, EPRDC).

Section 8. Le contentieux d'Africom-Zaïre avec la société PLZ

1.48. Contrairement à la quasi-totalité des litiges qui ont été exposés dans les pages qui précèdent, le différend qui oppose Africom-Zaïre à la société Plantations Lever au Zaïre (ci-après « PLZ) ne s'inscrit pas dans le cadre du contrat tripartite de 1983 et des contentieux auxquels son exécution a donné lieu. Ce différend trouve son origine dans le contrat de bail qui a été conclu le 1^{er} novembre 1975 entre les deux parties, par lequel la société PLZ louait l'un des appartements dont elle était propriétaire à Africom-Zaïre, qui mettait ce bien à la disposition de son directeur, M. Diallo. A partir de 1991, Africom-Zaïre a arrêté de verser les loyers dus à la société PLZ. En dépit des mises en demeure qui lui ont été adressées, Africom-Zaïre a persisté dans son refus de payer les loyers réclamés, arguant du fait que la société propriétaire du bien appliquait en l'occurrence les tarifs de location applicables aux appartements meublés, alors que celui mis à la disposition de M. Diallo, en tant que directeur de société, ne l'était pas.

1.49. Confrontée à ce défaut de paiement persistant, la société PLZ s'est résolue à résilier le bail à compter du 30 avril 1992, et à saisir le Tribunal de grande instance de Kinshasa-Gombe à la fin de la même année pour obtenir le déguerpissement des lieux de la société Africom-Zaïre et le paiement des loyers déjà échus, dont le montant s'élevait au 19 novembre 1992 à 32.964 dollars des Etats-Unis. Pour sa part, Africom-Zaïre a introduit une demande reconventionnelle à l'égard de la société PLZ et sollicité du Tribunal la condamnation de celle-ci à lui payer une somme de plus de 32 millions de dollars, qui était censée représenter le « trop perçu de loyer mensuel pendant 17 ans étant donné qu'Africom-Zaïre payait comme si l'appartement loué était meublé alors qu'il ne l'était pas »¹¹⁷. Africom-Zaïre sollicitait également 200.000 dollars au titre de dommages et intérêts.

1.50. Dans son jugement du 24 août 1993, le Tribunal de grande instance de Kinshasa-Gombe a rejeté la demande de la société PLZ et a accueilli la demande reconventionnelle d'Africom-Zaïre. Le Tribunal a condamné la défenderesse sur reconvention au paiement de 90.000 dollars des Etats-Unis au titre de dommages et intérêts, et de 32.364.225,25 dollars au titre de trop perçu sur les loyers et de remboursement des garanties locatives. De ces

¹¹⁷ MRG, annexe 130.

montants devait être déduite la somme de 16.784 dollars, qui représentait les loyers échus dus à la société PLZ¹¹⁸.

1.51. La société PLZ a immédiatement interjeté appel de cette décision. Par son arrêt du 9 mars 1994, la Cour d'appel de Kinshasa-Gombe a annulé le jugement attaqué pour « défaut de motivation », et a condamné la société Africom-Zaïre à payer les loyers échus et à quitter l'appartement¹¹⁹. A son tour, la société Africom-Zaïre a introduit, en août 1994, un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel. La cause demeure à ce jour pendante devant la Cour Suprême de Justice du Congo¹²⁰. Cette affaire n'a pas connu d'autres développements depuis lors, à l'exception du dépôt, par le Ministère public près la Cour, de conclusions favorables à la cassation de la décision d'appel (et donc à la réouverture des débats au fond), en 1995¹²¹.

1.52. Sans doute cette affaire, quelque peu atypique au regard des autres contentieux qui se trouvent à la base de la présente affaire, peut-elle apparaître anecdotique dans le cadre de ce litige. Elle n'en confirme pas moins la propension de M. Diallo à émettre, dans n'importe quel contexte —la République démocratique du Congo serait même tentée d'écrire sous n'importe quel prétexte— des prétentions financières qui se révèlent toujours exorbitantes et dépourvues de tout lien avec les réalités, et ce toujours au nom des sociétés qu'il dirige et dont il détient les parts sociales¹²². Surtout, elle montre une fois encore comment M. Diallo utilise les sociétés dont il est dirigeant pour tenter de formuler des réclamations abusives. Ces éléments de fait, dont il ressort une fois de plus que les recours judiciaires congolais n'ont pas été épuisés (chapitre III) sont directement pertinents pour confirmer le défaut de qualité pour agir de la République de Guinée (chapitre II). Ils permettent aussi de comprendre dans quelles circonstances, lassées de la conduite de M. Diallo, qui « [compromettait] l'ordre

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Voy. à ce propos le pourvoi en Cassation auquel l'appel a donné lieu (MRG, annexe 146)

¹²⁰ Voy. la lettre du Greffier en chef de la Cour suprême de Justice, annexe 47, EPRDC.

¹²¹ MRG, annexe 146.

¹²² Bien d'autres incidents en témoignent encore. La République démocratique du Congo se limitera à mentionner, dans ce cadre, la lettre adressée par l'avocat de M. Diallo à la succursale parisienne de la Citibank, en date du 19 octobre 1992. La lettre fait état du retard mis par la banque à créditer le compte de M. Diallo, alors que ce dernier y avait versé 8.000 dollars américains. La somme demandée au titre de réparation du préjudice moral qui en aurait résulté pour M. Diallo (en raison de l'atteinte à sa crédibilité que cette situation avait entraînée auprès de ses partenaires commerciaux) était chiffrée à plus de 23 millions de dollars... (MRG, annexe 115).

public zaïrois, spécialement en matière économique, financière et monétaire », les autorités zaïroises ont, en 1995, finalement décidé de l'éloigner du territoire national¹²³.

¹²³ Voy. le décret n° 0043 du 31 octobre 1995 (annexe 75, EPRDC)

Section 9. La mise en détention et l'éloignement du territoire national de M. Diallo

1.53. A partir du début de l'automne 1995, il est manifeste que le comportement adopté par M. Diallo, tant à l'égard des partenaires commerciaux des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre qu'à l'égard de personnalités extérieures, a commencé à susciter de sérieux problèmes. Ainsi que la République démocratique du Congo l'a exposé dans les pages qui précèdent, M. Diallo a multiplié ses réclamations à l'égard des entreprises publiques et des sociétés privées avec lesquelles Africontainers-Zaïre avait entretenu des relations commerciales, en invoquant à cette fin des arguments manifestement dépourvus de fondement. Ce serait un aimable euphémisme que de dire que les modes de calcul des indemnités réclamées dans ce cadre étaient fondés sur des taux d'intérêts usuraires. Il n'est sans doute pas inutile de rappeler que la somme totale que M. Diallo prétendait être due aux sociétés dont il était le dirigeant se montait à plus de 36 milliards de dollars des Etats-Unis, augmentés d'intérêts bancaires et moratoires¹²⁴, ce qui représente près de trois fois le montant de la dette extérieure totale de la République démocratique du Congo, qui est chiffrée à environ 12 milliards de dollars. Il va sans dire que de telles revendications, et la publicité que leur donnait M. Diallo, était de nature à affecter gravement le bon fonctionnement des entreprises concernées, dont certaines, comme la GÉCAMINES, occupent une place de premier rang dans l'économie du Zaïre. Dans ce contexte, il est en outre apparu aux autorités zaïroises que M. Diallo avait été impliqué dans certains trafics de devises, et s'était par ailleurs rendu coupable de plusieurs tentatives de corruption. A ce propos, on peut par exemple relever les nombreuses tentatives de corruption de magistrats et de responsables politiques zaïrois dont M. Diallo s'était rendu responsable dans le but d'obtenir le paiement des créances imaginaires d'Africontainers-Zaïre dont il a été question plus haut. Certaines des sociétés pétrolières concernées par ces réclamations avaient même saisi officiellement les autorités zaïroises pour dénoncer la conduite répréhensible de Monsieur Diallo¹²⁵. Visiblement, celui-ci était devenu prêt à user de tous les moyens possibles pour obtenir gain de cause.

1.54. Face à l'ensemble de ces éléments, et aux risques qu'ils impliquaient pour l'ordre public, les autorités zaïroises se sont donc résolues à ordonner l'éloignement de M. Diallo du

¹²⁴ Voy. les chiffres repris dans les conclusions du « mémoire » que la République de Guinée a déposé en complément de sa requête introductive d'instance.

¹²⁵ Voy. la lettre commune de Mobil et de Fina, en date du 15 novembre 1995, annexe 74, EPRDC.

territoire national. Le décret d'expulsion le visant a été adopté en date du 31 octobre 1995¹²⁶. La motivation de l'expulsion est expressément fondée sur le fait que

« la présence et la conduite [de l'intéressé au Zaïre] ont compromis et continuent à compromettre l'ordre public zaïrois, spécialement en matière économique, financière et monétaire »¹²⁷.

La mesure d'éloignement visant M. Diallo trouve son fondement légal dans la loi congolaise du 12 septembre 1983 relative à la police des étrangers. Selon l'article 15 de cette loi,

« le Président de la République peut, par ordonnance motivée, expulser du Zaïre tout étranger qui, par sa présence ou par sa conduite, compromet ou menace de compromettre la tranquillité ou l'ordre public »¹²⁸.

Au vu des éléments de fait qui étaient à leur disposition, on comprendra que, aux yeux des autorités zaïroises, la conduite de M. Diallo « compromettait » ou à tout le moins « menaçait de compromettre la tranquillité ou l'ordre public ».

1.55. Certains développements ultérieurs sont venus confirmer la capacité de nuisance de M. Diallo dans ce domaine, puisque, non content de harceler les partenaires commerciaux des sociétés dont il était le dirigeant en les pressant de demandes aussi infondées qu'exorbitantes, M. Diallo s'est également lancé, peu de temps après l'adoption de l'ordre d'expulsion le concernant, dans ce qu'il faut bien appeler une campagne de désinformation à destination des plus hautes instances de l'Etat zaïrois, mais aussi de très hautes personnalités étrangères. M. Diallo a ainsi adressé, en date du 30 novembre 1995, un courrier au Premier ministre, au ministre du Plan et au ministre des Finances du Zaïre dans lequel l'ensemble de ses revendications financières à l'égard des partenaires commerciaux des sociétés dont il était titulaire étaient présentées comme résultant de créances certaines et non contestées¹²⁹. Copie de ces courriers était réservée à de nombreux autres ministres du gouvernement zaïrois, mais aussi au Président de la Cour internationale de Justice, au Président de la République de Guinée, au Président de la Communauté économique des Etats d'Afrique de l'Ouest, au doyen du corps diplomatique au Zaïre, ainsi qu'aux ambassadeurs de Guinée, des Etats-Unis, de Grande-Bretagne et de Belgique au Zaïre¹³⁰. Les affirmations largement abusives de M. Diallo, de même que la publicité qu'il avait estimé utile de leur donner étaient à l'évidence

¹²⁶ Décret n° 0043 portant expulsion d'une personne étrangère de la République du Zaïre, annexe 75, EPRDC.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ Annexe 73, EPRDC.

¹²⁹ MRG, annexes 187, 188 et 189.

susceptibles de nuire de façon sérieuse au Zaïre, en affectant l'image du pays, notamment auprès des opérateurs économiques étrangers.

1.56. M. Diallo fut, peu de temps après, arrêté et détenu pour la première fois au cours du mois de décembre 1995, dans le cadre de la procédure d'expulsion, conformément à la loi congolaise du 12 septembre 1983 relative à la police des étrangers. En vertu de l'article 15 de cette loi, l'étranger à charge duquel une procédure d'expulsion est entamée et qui est susceptible de se soustraire à l'exécution de cette mesure peut être incarcéré dans une maison d'arrêt par l'Administrateur Général du CNRI (Centre National des Renseignements et d'Intelligence) ou son délégué, pour une durée de 48 heures. En cas d'absolue nécessité, cette durée pourra être prorogée de 48 heures en 48 heures, sans que la détention puisse dépasser 8 jours ». Cette durée de détention n'a jamais été dépassée en l'espèce. A cet égard, l'affirmation de la République de Guinée, selon laquelle M. Diallo aurait été détenu durant pas moins de 75 jours au total (du 5 novembre 1995 au 10 janvier 1996, puis du 17 janvier au 31 janvier 1996) apparaît pour le moins sujette à caution. Cette affirmation est exclusivement fondée sur des sources journalistiques, qui reprennent elles-mêmes un communiqué de l'association « Avocats sans frontières »¹³¹. Cette présentation des faits est néanmoins contredite par certains éléments du dossier lui-même. On ne peut manquer d'observer, à cet égard, que pendant la période au cours de laquelle M. Diallo est présenté comme étant enfermé dans un cachot sans aucun contact avec le monde extérieur, soit du 5 novembre 1995 au 10 janvier 1996, l'intéressé a adressé au Premier ministre du Zaïre, au ministre des Finances et au ministre du Plan, *en date du 30 novembre 1995*, les trois lettres, signées de sa main, auxquelles la République démocratique du Congo a déjà fait référence plus haut¹³². On peut légitimement se demander comment M. Diallo a été en mesure d'écrire ces lettres pendant une période où la République de Guinée le présente comme enfermé et maltraité dans un cachot des services d'immigration congolais (SNIP). De plus, il est piquant de constater que M. Diallo, censé être enfermé dans un cachot, privé de liberté et maltraité, ne fait aucune allusion dans ces lettres au calvaire que le même Premier ministre zaïrois était prétendument en train de lui faire subir à la demande des sociétés pétrolières. Alors qu'on le présente comme emprisonné, maltraité et en voie d'être expulsé du Zaïre, Monsieur Diallo semble, étrangement, donner priorité à la récupération des créances d'Africontainers-Zaïre sur des

¹³⁰ *Ibid.*, p. 5.

¹³¹ Voy. e.a. MRG, annexes 190, 191 et 193.

¹³² Voy. *supra*, par. 1.55.

préoccupations relatives à sa liberté et à son séjour régulier au Zaïre. Enfin, il est bien difficile de comprendre comment M. Diallo aurait pu passer plusieurs dizaines de jours enfermé, sans pouvoir se nourrir ni se désaltérer, comme semble pourtant bien le prétendre la Guinée. Finalement, il est manifeste que la présentation des faits que livre la République de Guinée en ce qui a trait à ce volet du dossier est loin d'être établie et de reposer sur des éléments d'information avérés. L'affirmation selon laquelle M. Diallo aurait été victime de mauvais traitements ne repose ainsi sur aucun élément de preuve, ni même sur aucun raisonnement crédible.

1.57. Il convient également de relever ici que la mesure dont M. Diallo a fait l'objet est loin d'être isolée. Des mesures d'éloignement du territoire zaïrois, identiques à celle qui a frappé M. Diallo, ont ainsi été adoptées à diverses reprises au cours de la même période à l'encontre de ressortissants étrangers, pour des motifs similaires, et dans le respect de la loi de 1983. Pour n'en mentionner qu'un exemple, le 22 février 1995, 6 mois avant l'expulsion de M. Diallo, le gouvernement zaïrois a procédé à l'expulsion de 84 ressortissants étrangers pour des motifs liés au maintien de l'ordre public dans le domaine économique¹³³. C'est dire que l'éloignement de M. Diallo du territoire zaïrois n'était pas un cas isolé, et que cette mesure, loin de constituer un acte de vengeance ou de persécution contre un individu, se situait au contraire dans le cadre de la lutte menée par le gouvernement zaïrois de l'époque contre la corruption et la criminalité économique et financière dans laquelle certains ressortissants étrangers étaient impliqués au Zaïre.

1.58. M. Diallo a finalement été éloigné du territoire zaïrois le 31 janvier 1996. Il n'a depuis lors intenté aucun recours contre la mesure dont il a été l'objet. C'est là une circonstance dont il sera évidemment tenu compte lorsqu'il s'agira de démontrer que tous les recours internes n'ont pas été épuisés, dans le cadre du chapitre III des présentes écritures. M. Diallo est en revanche parvenu à convaincre les autorités guinéennes d'endosser ses réclamations exorbitantes, ce qui a mené la Guinée à déposer une requête en protection diplomatique devant la Cour internationale de Justice au mois de décembre 1998.

¹³³ Annexe 76, EPRDC.

Section 10. La requête guinéenne tendant à obtenir réparation pour les dommages prétendument subis par les sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre

1.59. C'est le 28 décembre 1998 que la République de Guinée a déposé au Greffe de la Cour une « requête aux fins de protection diplomatique », qui consiste à endosser les réclamations de M. Diallo aux fins du « recouvrement d'importantes créances détenues par ses entreprises sur l'Etat et les sociétés pétrolières qu'il abrite et dont il est le dirigeant »¹³⁴. Cette requête reprend, conformément au Règlement de la Cour, les éléments de fait sur lesquels elle repose. Cette partie de la requête, explicitement intitulée « les créances réclamées »¹³⁵, comprend exclusivement le détail des créances prétendument détenues par les sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre à l'encontre de l'Etat congolais, de la GÉCAMINES, des sociétés Zaïre Fina et Zaïre Shell, ainsi que de la Citibank Zaïre¹³⁶. C'est sur cette base que, dans ses conclusions, la République de Guinée demande à la Cour de

« En la forme : Recevoir la présente requête.

Au fond : Ordonner aux autorités de la République démocratique du Congo à présenter des excuses officielles et publiques à l'Etat de Guinée pour les nombreux torts qu'elles lui ont causés en la personne de son ressortissant Ahmadou Sadio Diallo ;

Constater le caractère certain, liquide et exigible des créances réclamées ;

Constater que ces créances doivent être endossées par l'Etat congolais, conformément aux principes de la responsabilité internationale et de la responsabilité civile ;

Condamner l'Etat congolais à verser à l'Etat de Guinée, pour le compte de son ressortissant Diallo Ahmadou Sadio, les sommes de 31 334 685 888, 45 dollars des Etats-Unis et 14 207 082 872, 7 Z couvrant les préjudices financiers subis par ledit ressortissant ;

Verser également à l'Etat de Guinée des dommages-intérêts à hauteurs de 15 % de la condamnation principale soit 4 700 202 883,26 dollars et 2 131 062 430,9Z ;

Adjuger à l'Etat requérant les intérêts bancaires et moratoires aux taux respectifs de 15 % et 26 % l'an courant de la fin de l'année 1995 jusqu'à la date du parfait paiement ;

Condamner également ledit Etat à restituer au requérant tous les biens non valorisés répertoriés dans la rubrique des créances diverses ;

Ordonner à la République démocratique du Congo de présenter un délai d'un mois un échéancier acceptable de remboursement de ces montants ;

A défaut de production de cet échéancier dans le délai indiqué ou en cas d'irrespect de celui qui s'en serait produit, autoriser l'Etat de Guinée à saisir les biens de l'Etat

¹³⁴ Requête introductive d'instance enregistrée au Greffe de la Cour le 28 décembre 1998 (ci-après requête de la République de Guinée), p. 2.

¹³⁵ Requête de la République de Guinée, p. 12.

¹³⁶ Requête de la République de Guinée, pp. 12-26.

congolais partout où ils se trouvent jusqu'à concurrence du principal et de l'accessoire de la condamnation.

Mettre les frais et dépens de la présente procédure à la charge de l'Etat congolais »¹³⁷.

Les conclusions de la requête de la République de Guinée, qui ont ici été reproduites *in extenso*, sont limpides. L'Etat demandeur cherche à obtenir le recouvrement des créances qu'il a répertoriées comme éléments de fait, et réclame ainsi à la République démocratique du Congo plus de 36 milliards de dollars des Etats-Unis d'Amérique, sur lesquels il demande au surplus des intérêts bancaires et moratoires, aux taux respectifs de 15 % et de 26 % depuis 1995. Cette somme est supposée couvrir toutes les créances dont les sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre seraient détentrices, et constitue bel et bien l'objet essentiel de la requête guinéenne.

1.60. Dans le mémoire qu'elle a déposé le 23 mars 2001, la République de Guinée semble, à tout le moins provisoirement, avoir renoncé à chiffrer la réparation qui fait l'objet de sa demande. Celle-ci vise cependant encore la « réparation intégrale du préjudice subi par la République de Guinée en la personne de son ressortissant », et « doit prendre la forme d'une indemnisation couvrant l'ensemble des dommages causés par les faits internationalement illicites de la République démocratique du Congo, y compris le manque à gagner, et comprendre des intérêts »¹³⁸. L'objet essentiel de la demande consiste donc toujours, comme à la date du dépôt de la requête, à recouvrer les créances des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre. La République de Guinée confirme d'ailleurs explicitement, dans le chapitre qu'elle consacre à son droit d'exercer la protection diplomatique, qu'il s'agit en l'occurrence d'une « protection diplomatique de l'actionnaire »¹³⁹ ou, le cas échéant, d'une « protection des droits des actionnaires par substitution de la société détenue »¹⁴⁰.

1.61. Ces éléments de fait montrent que la stratégie développée par M. Diallo à l'époque où il exerçait des activités commerciales au Zaïre, et qui consistait à tenter d'arracher à ses partenaires commerciaux des sommes démesurées par le biais de réclamations présentées par des personnes morales qui agissaient pour son compte, semble se poursuivre jusque devant la Cour. A cet égard, l'abandon provisoire d'une revendication qui se chiffre à plusieurs

¹³⁷ Requête de la République de Guinée, p. 36, souligné dans le texte original.

¹³⁸ Mémoire de la République de Guinée, conclusions, p. 108.

¹³⁹ MRG, titre de la première sous-partie de ce chapitre, p. 80.

¹⁴⁰ MRG, titre de la seconde sous-partie de ce chapitre, p. 93.

dizaines de milliards de dollars des Etats-Unis d'Amérique n'est nullement de nature à rassurer la République démocratique du Congo qui, au vu du comportement adopté par M. Diallo dans le passé, est en droit d'entretenir les plus sérieuses craintes pour la suite de la procédure.

1.62. Par ailleurs, le fait que la République de Guinée demande à la Cour de trancher des litiges opposant deux sociétés congolaises à certains de leurs partenaires commerciaux, pour de prétendues violations de contrats régis par le droit congolais, est une circonstance directement pertinente pour fonder les exceptions préliminaires que la République démocratique du Congo développera dans les deux chapitres suivants.

D'une part, il apparaît clairement que la requête vise essentiellement la réparation consécutive à la violation de droits dont seraient détentrices deux sociétés qui ne possèdent pas la nationalité guinéenne. C'est sur cette base que la République démocratique du Congo démontrera le défaut de qualité pour agir de la République de Guinée en l'espèce (chapitre II).

D'autre part, à la lecture de la requête et des écritures guinéennes, on se rend aisément compte que ce sont les juridictions congolaises compétentes qui sont les plus à même de trancher ces litiges d'ordre essentiellement contractuel. M. Diallo n'ayant, y compris par l'intermédiaire des sociétés qu'il dirige, pas souhaité épuiser ces voies de recours, la République démocratique du Congo démontrera encore que la condition de l'épuisement des voies de recours internes n'est pas remplie en l'espèce (chapitre III).

Conclusion du chapitre I

1.62. L'ensemble des éléments qui viennent d'être exposés montrent que la présentation des faits opérée par la République de Guinée dans ses écritures, et selon laquelle M. Diallo aurait été victime de manœuvres de persécution orchestrées en sous-main par l'Etat zaïrois en vue de l'empêcher de poursuivre ses activités économiques et *in fine* de procéder à une expropriation rampante de ses biens et des sociétés dont il était le dirigeant, manque manifestement de fondement. Le fait que les deux sociétés dont M. Diallo est le dirigeant ont continué à fonctionner plus d'un an et demi après qu'il ait été contraint de quitter le territoire zaïrois, et qu'elles existent toujours aujourd'hui, témoigne à suffisance de l'absence de toute intention de ce type. Au contraire, l'examen du dossier fait apparaître que les litiges dans lesquels les deux sociétés dirigées par M. Diallo se sont trouvés engagées —et qu'il a d'ailleurs, dans la plupart des cas, lui-même suscités, sans guère de fondement— constituent des litiges commerciaux tout à fait courants. Ces contentieux ont été gérés par les partenaires commerciaux des sociétés dirigées par M. Diallo avec sérieux et bonne foi, même si ceux-ci n'ont pas hésité à lui opposer des fins de non-recevoir ferme lorsqu'Africom-Zaïre ou Africontainers-Zaïre formulaient des réclamations infondées, ou des prétentions financières dépourvues de tout lien avec les réalités. Si cette dégradation graduelle de la situation a, en fin de compte, abouti à l'éloignement de M. Diallo du territoire zaïrois, cette mesure a été adoptée conformément aux lois existantes, et n'a jamais prétendu emporter des effets définitifs, qui auraient irrémédiablement empêché M. Diallo d'exercer ses droits à l'égard des sociétés dont il était, et est toujours, le dirigeant. C'est sur la base de ces éléments, dont certains seront repris et précisés dans la suite des présentes écritures, que la République démocratique du Congo démontrera, d'une part, que la Guinée, n'a pas qualité pour agir (Chapitre II) et, d'autre part, que les voies de recours interne n'ont pas été épuisées (Chapitre III).

CHAPITRE II. L'IRRECEVABILITE DE LA REQUETE, À DÉFAUT DE QUALITE POUR AGIR DE LA RÉPUBLIQUE DE GUINÉE

2.01. Comme la République démocratique du Congo l'a exposé dans la dernière section du premier chapitre des présentes écritures, l'objet essentiel de la requête guinéenne est d'obtenir réparation pour tous les préjudices subis par deux sociétés, Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, dont M. Diallo est le dirigeant. Ces deux sociétés, et ceci n'a jamais été contesté par la République de Guinée, ne possèdent pas sa nationalité, puisqu'il s'agit de sociétés congolaises. Dans ces conditions, il est manifeste que l'Etat demandeur ne possède pas qualité pour agir dans la présente espèce.

2.02. En droit international, la qualité pour agir s'entend de la « qualité justifiant le pouvoir d'agir en justice et commandant la recevabilité de l'action »¹⁴¹. Dans le domaine de la protection diplomatique, elle signifie, conformément à l'article 44 du projet d'articles de la Commission de droit international sur la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites dont l'Assemblée générale a pris note en décembre 2001¹⁴², que l'Etat qui formule la demande doit être celui dont la personne lésée possède la nationalité¹⁴³. A défaut, la demande doit être considérée comme irrecevable.

2.03. Dans la mesure où elle vise à obtenir réparation pour une atteinte à des droits de personnes qui ne possèdent pas sa nationalité, à savoir les sociétés congolaises Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, la requête guinéenne doit donc être écartée comme irrecevable. Le fait que le principal détenteur des parts sociales de ces sociétés, M. Diallo, est de nationalité guinéenne n'est pas de nature à remettre en cause cette conclusion. Il y a lieu, en effet, de se référer ici au raisonnement suivi et aux conclusions atteintes par la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction*¹⁴⁴, qui présente de très grandes similitudes avec la présente espèce. Dans cette affaire, la Belgique, Etat demandeur, prétendait en effet protéger les actionnaires belges d'une société qui ne possédait pas cette nationalité. L'Espagne, Etat défendeur, souleva une exception fondée sur le défaut de qualité pour agir de la Belgique. L'exception fut accueillie

¹⁴¹ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant-AUPELF, 2001, préface de Gilbert Guillaume, p. 916.

¹⁴² C.D.I., 53^{ème} sess., 23 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2001, A.G., *Doc. 56^{ème} sess., Supp. N°10 (A/56/10)*.

¹⁴³ V. aussi l'article 1^{er} du Projet d'articles sur la Protection diplomatique adopté par le Comité de rédaction de la Commission du droit international, C.D.I., 54^{ème} session, 29 avril-7 juin 2002, 22 juillet-16 août 2002, A/CN.4/L.613/Rev. 1, 7 juin 2002.

par la Cour au terme d'une démonstration qui garde toute sa pertinence aujourd'hui, et qui ne peut conduire qu'à déclarer la requête guinéenne irrecevable.

2.04. Dans son mémoire, la République de Guinée tente d'échapper à l'application de ces principes juridiques bien établis en développant une argumentation en deux temps. D'une part, elle prétend, dans les circonstances particulières de l'espèce, avoir qualité pour assurer la « protection diplomatique de l'actionnaire », pour reprendre l'expression exacte de l'Etat demandeur¹⁴⁵. D'autre part, la République de Guinée estime, en raison de considérations d'équité, pouvoir assurer une « protection des droits des actionnaires par substitution de la société détenue »¹⁴⁶.

2.05. La République démocratique du Congo démontrera dans les lignes qui suivent qu'aucun de ces deux arguments ne saurait conférer qualité pour agir à l'Etat demandeur. D'abord, la République de Guinée ne peut, en l'espèce, prétendre exercer une « protection diplomatique de l'actionnaire » (Section 1). Ensuite, il va de soi que la notion de « protection des droits des actionnaires par substitution de la société détenue » ne saurait être retenue en droit international, en particulier dans la présente espèce (Section 2).

¹⁴⁴ C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (nouvelle requête)*, arrêt du 5 février 1970, *Recueil 1970*, pp. 2-357 (ci-après, affaire de la *Barcelona Traction*).

¹⁴⁵ MRG, p. 80, titre 1.

¹⁴⁶ MRG, p. 93, titre 2.

Section 1. La Guinée ne peut en l'espèce prétendre exercer une « protection diplomatique de l'actionnaire »

2.06. En théorie, la République de Guinée semble accepter la pertinence de l'affaire de la *Barcelona Traction* en ce qui concerne la présente espèce encore que, curieusement, elle ne cite que très peu ce précédent décisif. Mais, en fait, l'argumentation guinéenne consiste à vider cet arrêt de principe de sa substance, en tentant d'en déduire la possibilité, pour l'Etat national de l'actionnaire, de déposer une réclamation en cas de violation des droits d'une société qui ne possède pas sa nationalité.

2.07. La République de Guinée part du constat que, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour a reconnu la possibilité à l'Etat national de l'actionnaire d'une société d'exercer sa protection diplomatique dans des conditions très particulières, c'est-à-dire

« si les actes incriminés sont dirigés contre les droits *propres* des actionnaires *en tant que tels* » (« if the act complained of is aimed at the *direct* rights of the shareholder *as such* »)¹⁴⁷.

Selon la République de Guinée, il lui suffit dès lors de prétendre n'exercer une protection diplomatique qu'en faveur des droits de M. Diallo en tant qu'actionnaire¹⁴⁸ pour échapper à l'irrecevabilité de son action. L'Etat demandeur estime même qu'il est « *légitime d'assimiler une atteinte aux droits de la société, entraînant un préjudice pour les actionnaires, à la violation de leurs droits propres* »¹⁴⁹. Il poursuit, en avançant que les « droits propres des actionnaires doivent être appréhendés largement », de manière à couvrir notamment le « droit de propriété, qui inclut la valeur patrimoniale des titres détenus, etc. »¹⁵⁰. Il n'y a dès lors rien d'étonnant à ce que la République de Guinée en vienne à réclamer, même si c'est théoriquement au titre de « protection diplomatique de l'actionnaire », la totalité des dommages qui auraient été causés aux deux sociétés congolaises par des mesures imputables à l'Etat congolais. Si l'on suit le raisonnement, toute violation des droits d'une société qui causerait un dommage à celle-ci, en provoquant une baisse de la valeur de ses titres,

¹⁴⁷ C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction*, Recueil 1970, p. 37, par. 47.

¹⁴⁸ En réalité, M. Diallo n'est pas à strictement parler « actionnaire » de Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre. Il est plutôt, en droit zaïrois puis congolais, détenteur de parts sociales de ces Sociétés privées à responsabilité limitée. Dans la mesure où la République de Guinée utilise le terme « actionnaire », et que cette différence de terminologie n'a pas de conséquence décisive en la présente espèce, la République démocratique du Congo utilisera à l'occasion ce terme, pour faciliter la clarté de l'exposé.

¹⁴⁹ MRG p. 83, par. 4.24 et 4.25 ; souligné par la République démocratique du Congo.

¹⁵⁰ MRG, p. 91, par. 4.46.

entraînerait au détriment des actionnaires non seulement un préjudice financier, mais aussi une atteinte à leurs droits. En d'autres termes, toute violation des droits de la société impliquerait une violation des droits de ses actionnaires. La confusion opérée en l'espèce entre la personnalité de l'actionnaire et celle des deux sociétés est telle que, dans un passage de son mémoire, l'Etat demandeur va jusqu'à affirmer que « M. Diallo se trouve dans l'incapacité de recouvrer les créances considérables qu'il possède », en se référant en réalité à de prétendues créances dont ce n'est pas M. Diallo qui est personnellement titulaire, mais bien les deux sociétés qu'il dirige¹⁵¹.

2.08. La simple confrontation de l'argumentation de la République de Guinée avec les termes utilisés par la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction* montre l'étendue du décalage existant : comment, en effet, considérer qu'un simple préjudice financier causé aux actionnaires par l'atteinte à des droits de la société puisse être assimilé à une violation des droits « *propres* » de l'actionnaire « *en tant que tels* » (« *as such* ») ? On ne mesurera toute l'étendue de ce décalage qu'après avoir montré successivement que :

- le droit international n'admet pas l'assimilation d'une atteinte aux droits de la société à une violation des droits de ses actionnaires (A) ;
- et que la jurisprudence invoquée par l'Etat demandeur, qui n'est pas pertinente en l'espèce, ne contredit en réalité pas ce principe (B).

Dans ce contexte, la République démocratique du Congo montrera enfin que

- le droit international n'admet la protection des droits propres des actionnaires en tant que tels que dans des conditions très restrictives qui ne sont pas rencontrées en l'espèce (C).

A. Le droit international n'admet pas l'assimilation d'une atteinte aux droits d'une société à une violation des droits de ses actionnaires

2.09. L'argumentation défendue par la République de Guinée est totalement contraire au droit international existant qui, en matière de protection diplomatique, se refuse à assimiler les

¹⁵¹ MRG, p. 7, par. 1.16 ; souligné par la République démocratique du Congo.

droits d'une société à ceux de ses actionnaires. Le refus de l'assimilation entre droits de la société et droits de l'actionnaire découle de la logique même de l'institution de la protection diplomatique (1) ; c'est pourquoi pareille assimilation a été écartée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (2), où la Cour n'a pas retenu la thèse alors défendue par la Belgique et aujourd'hui reprise par la République de Guinée (3) ; dans ces conditions, on ne s'étonnera pas que la thèse de l'assimilation ait été rejetée par la plus grande partie de la doctrine (4).

1. Le refus de l'assimilation entre droits de la société et droits de l'actionnaire découle de la logique même de l'institution de la protection diplomatique

2.10. Pour bien mesurer la portée de la distinction traditionnellement opérée entre la personne d'une société et celle de ses actionnaires, il faut d'abord rappeler comment le droit international conçoit de manière générale l'institution de la protection diplomatique. Selon la formule classique, on considère en effet qu'en exerçant pareille protection, « l'Etat fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de son ressortissant le droit international »¹⁵². C'est ce qui explique que, pour être recevable, une requête doit pouvoir s'appuyer sur la lésion des droits d'une personne qui possède la nationalité de l'Etat demandeur : « ce droit ne peut nécessairement être exercé [par un Etat] qu'en faveur de son national, parce que, en l'absence d'accords particuliers, c'est le lien de nationalité entre l'Etat et l'individu qui seul donne à l'Etat le droit de protection diplomatique »¹⁵³. *A contrario*, il est de jurisprudence constante que

« Lorsqu'un dommage a été causé au national d'un pays tiers, une réclamation à raison de ce dommage ne tombe pas dans le domaine de la protection diplomatique que puisse accorder l'Etat et ne saurait donner ouverture à une réclamation que l'Etat soit en droit d'endosser »¹⁵⁴.

Le constat est parfaitement logique, si l'on se souvient encore que « seule la partie envers laquelle une obligation internationale existe peut présenter une réclamation à raison de la violation de celle-ci »¹⁵⁵. En l'absence de lésion des droits d'un national —et, bien entendu, en l'absence de lésion directe des droits de l'Etat demandeur—, il ne saurait être question de

¹⁵² C.P.J.I., Affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt du 30 août 1924, *Sér. A*, n°2, p. 12.

¹⁵³ C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction*, *Recueil 1970*, p. 33, par. 36 et Affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, arrêt du 28 février 1939, *Sér. A/B*, n° 76, p. 16.

¹⁵⁴ C.P.J.I., Affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, arrêt du 28 février 1939, *Sér. A/B*, n° 76, p. 16.

prétendre engager la responsabilité de l'Etat défendeur car, comme l'a énoncé la Cour, « la responsabilité est le corollaire nécessaire du droit »¹⁵⁶.

2.11. Si l'on applique ces principes généraux au cas de l'atteinte aux droits d'une société qui possède une personnalité, et donc une nationalité, propre, la solution ne fait guère de doute : seul l'Etat national de la société voit ses droits éventuellement enfreints en pareil cas, et seul cet Etat peut en conséquence introduire une demande en réparation. On ne saurait dès lors assimiler l'atteinte aux droits de la société à celle des droits de ses actionnaires.

2. *Le refus de l'assimilation entre droits de la société et droits de l'actionnaire découle de la décision de la Cour dans l'affaire Barcelona Traction*

2.12. Curieusement, la République de Guinée affirme dans son mémoire que cette question n'a jamais été tranchée par la Cour¹⁵⁷, et va jusqu'à prétendre qu'il n'est « plus possible de contester, dans son principe, la recevabilité d'une protection diplomatique de l'Etat national des actionnaires lorsque ceux-ci sont *indirectement lésés par l'atteinte aux droits propres d'une société possédant une nationalité différente* »¹⁵⁸. L'Etat demandeur reprend cette dernière affirmation d'un illustre auteur belge¹⁵⁹, en son temps cité par la Belgique à l'appui de son argumentation dans l'affaire de la *Barcelona Traction*¹⁶⁰.

2.13. Mais, précisément, la Cour a, dans cette affaire, adopté une position qui s'écarte résolument de cette conclusion, ce qui n'est guère étonnant si l'on replace cette discussion dans le cadre des principes généraux régissant la protection diplomatique tels qu'ils ont été rappelés ci-dessus. La République démocratique du Congo se permet de citer à ce stade de son exposé plusieurs extraits de l'arrêt de 1970 qui, de son point de vue, sont directement pertinents pour la présente espèce :

¹⁵⁵ C.I.J., Affaire des *Réparations des dommages subis au service des Nations Unies*, avis du 2 avril 1949, *Recueil 1949*, pp. 181-182.

¹⁵⁶ C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction*, *Recueil 1970*, p. 33, par. 36.

¹⁵⁷ MRG, p. 83, par. 4.24.

¹⁵⁸ MRG, p. 90, par. 4.44 ; souligné par la République démocratique du Congo.

¹⁵⁹ Il s'agit de Paul de VISSCHER, « La protection diplomatique des personnes morales », *R.C.A.D.I.*, 1961-I, tome 103, p. 472.

¹⁶⁰ V. p. ex. C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête : 1962) (Belgique c. Espagne), *Mémoires, Plaidoiries et Documents*, vol. I, Introduction de l'instance et début de la procédure écrite, Mémoire du gouvernement belge, p. 161.

« Bien que la société ait une personnalité morale distincte, un dommage qui lui est causé atteint souvent ses actionnaires. Mais le simple fait que la société et l'actionnaire subissent l'un et l'autre un dommage n'implique pas que tous deux aient le droit de demander réparation. En effet, si des dommages lésant simultanément plusieurs personnes physiques ou morales résultent d'un même fait, on ne peut en tirer aucune conclusion juridique. Un créancier n'a aucunement le droit de demander réparation à une personne qui, en portant préjudice à son débiteur, lui cause une perte. *Dans les cas de ce genre, la victime est atteinte dans ses intérêts, sans aucun doute, mais non dans ses droits.* Ainsi, chaque fois que les intérêts d'un actionnaire sont lésés par un acte visant la société, c'est vers la société qu'il doit se tourner pour qu'elle intente les recours voulus car, bien que les deux entités distinctes puissent souffrir d'un même préjudice, il n'en est qu'une dont les droits soient violés »¹⁶¹.

Le principe posé par la Cour est limpide, et il s'oppose directement à l'argumentation de la République de Guinée. A supposer que la République démocratique du Congo soit débitrice des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, et que celles-ci soient elles-même débitrices de M. Diallo, celui-ci n'a « aucunement le droit de demander réparation à une personne qui, en portant préjudice à son débiteur, lui cause une perte ». En d'autres termes, M. Diallo est « atteint dans ses intérêts, sans aucun doute, mais non dans ses droits ». La requête guinéenne ne peut donc être admise.

2.14. A cet égard, la République démocratique du Congo relève que l'existence d'une personnalité juridique distincte des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre en droit congolais n'est pas contredite par la partie guinéenne. Le droit congolais (zaïrois au moment des faits) connaît en effet plusieurs types de sociétés, parmi lesquelles la société privée à responsabilité limitée. Le décret du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales, tel que modifié à ce jour, dispose ainsi en son article 1^{er} que « [l]es sociétés commerciales légalement reconnues conformément au présent décret constitueront des individualités juridiques distinctes de celles des associés ». L'article 36 de ce même instrument dispose que « [l]a société privée à responsabilité limitée (S.P.R.L) est celle que forment des personnes, n'engageant que leur apport, qui ne fait pas publiquement appel à l'épargne et dont les parts obligatoirement uniformes et nominatives ne sont pas librement transmissibles ». La distinction de principe entre la personnalité des deux sociétés et celle de leur actionnaire ne saurait donc être mise en doute dans la présente espèce.

¹⁶¹ C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction*, Recueil 1970, p. 35, par. 44, souligné par la République Démocratique du Congo.

2.15. Dans son mémoire, la République de Guinée croit en revanche pouvoir échapper à l'application de ces règles bien établies en insistant sur l'étroitesse des liens entre l'actionnaire et les sociétés en cause ; «M. Diallo est en effet, statutairement, le seul mandataire social et dirigeant de ses sociétés, il en est en outre le moteur stratégique et commercial »¹⁶². Comme la République démocratique du Congo l'a démontré ci-dessus, toute l'argumentation guinéenne tend en réalité à confondre autant que possible les personnalités juridiques des deux sociétés et celle de leur actionnaire.

2.16. Ici encore, il suffit de se référer à l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction* pour répondre à l'objection :

« On n'en a pas moins soutenu dans la présente affaire qu'une société n'est autre chose qu'un moyen d'atteindre les objectifs économiques de ses membres, les actionnaires, et que ceux-ci constituent la réalité qu'abrite la façade sociale. On a en outre souligné à maintes reprises qu'il existe entre une société et ses actionnaires une relation que l'on peut qualifier de communauté de destin. Peut-être les actes incriminés sont-ils dirigés contre la société et non pas contre les actionnaires, mais cela n'est vrai qu'en un sens purement formel : *en réalité, société et actionnaires sont liés de manière tellement étroite que les actes préjudiciables commis contre l'une entraînent nécessairement un dommage pour les autres* ; aussi peut-on voir dans tout acte dirigé contre la société un acte dirigé contre ses actionnaires, car on peut considérer qu'en substance, c'est-à-dire du point de vue économique, il y a identité entre les deux. *Cependant, même si la société n'est autre chose qu'un moyen pour les actionnaires de poursuivre leurs propres fins économiques, elle n'en possède pas moins, tant qu'elle subsiste, une existence indépendante.* C'est pourquoi les intérêts des actionnaires peuvent être distingués de ceux de la société et s'en distinguent en fait, de sorte que l'on ne saurait nier la possibilité d'une divergence entre les uns et les autres »¹⁶³.

Aussi étroits qu'ils soient sur les plans factuel et économique, les liens entre une société et ses actionnaires n'empêchent pas que, en droit, les entités restent indépendantes, dans la mesure où elles possèdent une personnalité juridique distincte. L'argument de la République de Guinée sur ce point ne saurait donc être retenu.

2.17. La République de Guinée prétend encore que, en réalité, ses droits ont été lésés par la République démocratique du Congo puisque les mesures incriminées ont indirectement causé préjudice à son ressortissant. L'Etat demandeur affirme ainsi que « M. Diallo, propriétaire des sociétés congolaises Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, voit aujourd'hui la valeur de

¹⁶² MRG, p. 91, par. 4.48.

son patrimoine réduite à néant par le comportement illicite de la République démocratique du Congo »¹⁶⁴. La logique défendue consiste, ici encore, à prétendre que, lorsque les droits de la société sont violés, et qu'un préjudice en résulte au détriment de ses actionnaires, ceux-ci sont également lésés dans leurs droits, ce qui atteint en définitive les droits de l'Etat de la nationalité de ces actionnaires.

2.18. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Belgique avait elle aussi tenté de défendre cette argumentation, qui a également été écartée par la Cour :

« On a aussi soutenu que, tout en ayant été prises à l'égard de la *Barcelona Traction* et lui ayant causé un préjudice direct, les mesures incriminées auraient constitué un acte illicite vis-à-vis de la Belgique du fait qu'elles ont aussi, encore qu'indirectement, causé un préjudice aux actionnaires belges de la *Barcelona Traction*. Ce n'est là qu'une nouvelle manière de présenter la distinction entre la lésion d'un droit et la lésion d'un simple intérêt. Mais, comme la Cour l'a indiqué, la preuve qu'un préjudice a été causé ne suffit pas *ipso facto* à justifier une réclamation diplomatique. Un dommage ou un préjudice peuvent léser une personne dans des circonstances extrêmement variées. Cela n'entraîne pas en soi l'obligation de réparer. 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 »¹⁶⁵.

La doctrine a elle aussi opéré une différence essentielle entre les droits, intérêts juridiquement protégés qui sont susceptibles de donner lieu à une réclamation internationale, et les intérêts qui, même s'ils peuvent être gravement touchés, ne donnent pas lieu à une protection juridique ni, par conséquent, juridictionnelle¹⁶⁶. En prétendant vouloir « assimiler une atteinte aux droits de la société, entraînant un préjudice pour les actionnaires, à la violation de leurs droits propres »¹⁶⁷, la République de Guinée en vient à ignorer complètement cette distinction.

3. *L'argumentation aujourd'hui défendue par la République de Guinée est bien similaire à celle avancée par la Belgique dans le cadre de l'affaire de la Barcelona Traction*

¹⁶³ C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction*, Recueil 1970, p. 36, par. 45 ; souligné par la République démocratique du Congo.

¹⁶⁴ MRG, p. 92, par. 4.48.

¹⁶⁵ C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction*, Recueil 1970, p. 36, par. 46 ; souligné par la République démocratique du Congo.

¹⁶⁶ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op.cit., v^o intérêt, sens A, p. 596.

¹⁶⁷ MRG, p. 83, par. 4.24 et 4.25.

2.19. Consciente sans doute que sa thèse est directement contredite par la jurisprudence la plus autorisée de la Cour, l'Etat demandeur tente de prétendre que son argumentation se distingue de celle qui avait été avancée par la Belgique dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Le mémoire annonce ainsi que « la Guinée n'entend pas faire bénéficier les sociétés congolaises de sa protection diplomatique, comme la Belgique avait souhaité le faire dans l'affaire de la *Barcelona Traction* »¹⁶⁸.

2.20. L'affirmation est pour le moins insolite, dans la mesure où, dès 1962, le gouvernement belge a déposé une requête ayant spécifiquement pour objet « la réparation du préjudice qui aurait été causé à un certain nombre de ressortissants belges présentés comme actionnaires de la société », ce que la Cour relève déjà dans son arrêt du 24 juillet 1964¹⁶⁹. Les argumentations développées ensuite par la Belgique sont, formellement, toujours axées sur la protection des actionnaires, et non sur celle de la société, comme ces extraits des conclusions belges le montrent à suffisance :

« Considérant que les actes et omissions contraires au droit international imputés aux organes de l'Etat espagnol ont eu pour effet de dépouiller la société *Barcelona Traction* de la totalité de son patrimoine et de lui enlever l'objet même de son activité ; qu'ils l'ont ainsi pratiquement détruite ; que les ressortissants belges, personnes physiques et morales, actionnaires de la *Barcelona Traction*, dans laquelle ils occupaient une position majoritaire et dirigeante [...] ont subi de ce fait une atteinte directe et immédiate à leurs intérêts et à leurs droits, qui se sont trouvés vidés de toute valeur et de toute efficacité [...].

en la [la société] dépouillant de l'intégralité de son patrimoine, les actes et omissions contraires au droit international imputés aux autorités espagnoles ont pratiquement détruit cette société et porté atteinte directement et immédiatement aux droits et intérêts attachés à la situation juridique d'actionnaire telle que le droit international la reconnaît ; qu'ils ont causé ainsi un grave préjudice aux actionnaires belges de la société et vidé de tout contenu utile les droits qu'ils possédaient en cette qualité »¹⁷⁰.

La Cour affirme d'ailleurs elle-même dans son arrêt que « la demande a été présentée pour le compte de personnes physiques et morales qui seraient ressortissantes belges et actionnaires de la *Barcelona Traction* »¹⁷¹. C'est pourquoi elle précise qu'elle traitera de la question du droit de la Belgique à exercer sa protection diplomatique en faveur des actionnaires belges,

¹⁶⁸ MRG, p. 80, par. 4.15.

¹⁶⁹ C.I.J., *Recueil 1964*, p. 9, et *Recueil 1970*, p. 16.

¹⁷⁰ C.I.J., *Affaire de la Barcelona Traction*, *Recueil 1970*, p. 23 et 26.

¹⁷¹ C.I.J., *Affaire de la Barcelona Traction*, *Recueil 1970*, p. 31, par. 28.

« alors que les mesures incriminées ont été prises à l'égard non pas de ressortissants belges mais de la société elle-même »¹⁷².

2.21. L'Etat demandeur ne peut donc prétendre que l'affaire de la *Barcelona Traction* ne serait pas pertinente en l'espèce, en raison d'une différence entre l'argumentation qu'il développe dans le cadre de la présente instance et construite à l'époque par la Belgique. Bien au contraire, à la lecture des quelques extraits qui viennent d'être exposés, on a bel et bien l'impression de retrouver presque tels quels certains passages du mémoire de la République de Guinée. Dans les deux cas, il s'agit d'« assimiler une atteinte aux droits de la société, entraînant un préjudice pour les actionnaires, à la violation de leurs droits propres » ou, comme l'a écrit au sujet de l'argumentation belge un auteur renommé, « de soutenir la thèse que la lésion du patrimoine social de la société —dans le cas en question on affirmait qu'elle était portée à tout le patrimoine social— avait pour conséquence un préjudice direct et immédiat aux droits des actionnaires [...] »¹⁷³. Il suffit donc, dans les deux cas, d'appliquer le même raisonnement que celui tenu dans l'affaire de la *Barcelona Traction* pour écarter cette thèse.

4. Le refus de l'assimilation entre droits de la société et droits de l'actionnaire est confirmé par une partie importante de la doctrine

2.22. Le refus d'assimiler les droits de la société et ceux de l'actionnaire est une règle très ancienne, qui était déjà formulée par Edwin Borchard dans son ouvrage de référence :

« International tribunals which have passed upon the matter have held in many cases that the nationality of the corporation and not of its stockholders governs the jurisdiction of the commission. On the other hand, citizens of the claimant government, stockholders in or representing a liquidator a solvent corporation formed under the laws of the defendant government, were denied standing before arbitral commissions, when attempting to enforce a corporate claim.

That the nationality of the corporation rather than that of the stockholders must control the jurisdiction of international tribunals in claims growing out of corporate losses appears evident from the fact that the corporation, the trustee, possesses the entire legal and equitable title to a claim as part of the assets of the corporation, whereas the stockholder possesses only an equitable right, enforceable in a court of equity, to an accounting and to compel the proper management of the company by its directors. The stockholder, therefore, having no legal title to the corporate property

¹⁷² C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction*, *Recueil* 1970, p. 32, par. 32.

¹⁷³ M. DIEZ DE VELASCO, « La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires », *R.C.A.D.I.*, 1974, I, tome 141, p. 152.

of a solvent corporation, can hardly be recognized by an international tribunal acting under the usual form of a protocol as a proper party claimant, and only under exceptional protocols [...] has this been done »¹⁷⁴.

La doctrine actuelle se prononce également en ce sens, en précisant que, lorsqu'il s'agit d'envisager la protection diplomatique dans une situation où ce sont les droits d'une société qui auraient été atteints, « dans ce cas, c'est en principe la personnalité —et la nationalité—de la société, personne morale qui prédomine »¹⁷⁵. Dans le cours qu'il a enseigné à l'Académie de droit international peu de temps après que la Cour ait rendu son arrêt dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, le professeur Diez de Velasco constate que

« l'admissibilité des réclamations devant des tribunaux internationaux pour des dommages causés à des sociétés dépend de la nationalité des sociétés. La société est l'entité qui possède un droit parfait sur le patrimoine social et l'actionnaire pourrait seulement réclamer une indemnisation basée sur l'équité »¹⁷⁶.

L'auteur se fonde notamment sur une pratique qui montre que, en certaines occasions, des Etats ont refusé de déposer une réclamation diplomatique en faveur d'actionnaires qui possédaient leur nationalité en raison du fait que les mesures incriminées visaient la société. Dans d'autres cas, c'est l'Etat saisi d'une réclamation de ce type qui a refusé de la prendre en compte pour la même raison¹⁷⁷. Des précédents en ce sens sont encore cités par Moore¹⁷⁸ ainsi que par Jimenez de Arechaga¹⁷⁹. Ils montrent en tout cas que l'on ne peut fonder l'assimilation des droits de la société et de ceux de ses actionnaires sur une pratique uniforme des Etats, loin s'en faut¹⁸⁰. C'est encore en ce sens que le professeur Verhoeven précise l'état du droit international :

« lorsqu'est en cause une personne morale, la CIJ a jugé, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, que l'Etat dont elle possède la nationalité est seul en droit de la protéger diplomatiquement »¹⁸¹.

¹⁷⁴ E. M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1928, pp. 623-624.

¹⁷⁵ P. DAILLIER et A. PELLET (NGUYEN QUOC DINH), *Droit international public*, 6^{ème} ed., Paris, L.G.D.J., 1999, p. 733, n°489.

¹⁷⁶ M. DIEZ DE VELASCO, « La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires », *op.cit.*, p. 149.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ J.B. MOORE, *International Law Digest*, vol. VI, pp. 644-647, § 985. Il s'agit des affaires *Antioquia*, *Queen v. Arnold* et *Compania Salitrera del Peru*.

¹⁷⁹ Jimenez de ARECHAGA, « International Responsibility » in M. Sorensen (Ed.), *Manual of Public International Law*, London, Macmillan, New York, St Martin's Press, 1968, p. 580.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 637.

2.23. On pourrait multiplier les exemples¹⁸². La République démocratique du Congo remarque à cet égard que, en dépit de certaines voix dissonantes, la doctrine la plus autorisée affirme très clairement que l'assimilation entre droits de la société et droits des actionnaires joue également lorsque les mesures incriminées sont imputables à l'Etat national de la société. On peut notamment citer en ce sens l'un des manuels de référence du droit international public contemporain :

« Quand il n'y a que deux Etats en cause, l'Etat du siège social et l'Etat national des actionnaires, le problème peut être résolu en se référant aux principes qui régissent l'attribution de la nationalité des sociétés [...].

Si la société doit avoir la nationalité de l'Etat sur le territoire duquel elle installe son siège social, et si les mesures qui lèsent les actionnaires sont prises par cet Etat de siège, *il est clair que la réclamation de l'Etat national n'est pas recevable* »¹⁸³.

2.24. En définitive, l'argumentation de la République de Guinée, qui tend expressément à assimiler une atteinte aux droits de la société à une lésion des droits de ses actionnaires, est manifestement contredite, non seulement par la jurisprudence, mais aussi par la doctrine. Les précédents cités en sens inverse par l'Etat demandeur ne sont nullement de nature à remettre en cause cette conclusion.

B. La jurisprudence invoquée par la République de Guinée n'est pas de nature à fonder sa réclamation

2.25. Pour appuyer son argumentation tendant à « assimiler une atteinte aux droits de la société, entraînant un préjudice pour les actionnaires, à la violation de leurs droits propres »¹⁸⁴, l'Etat demandeur se fonde essentiellement sur une jurisprudence arbitrale ancienne, sur deux décisions, l'une arbitrale, l'autre judiciaire, rendues en 1989, ainsi que sur une certaine pratique de la Commission européenne des droits de l'homme. Aucune de ces affaires n'est pourtant de nature à offrir de quelconques enseignements pour la présente espèce dans la mesure où, dans chacune d'entre elles, la question de l'ouverture d'un droit de réclamation au profit d'actionnaires d'une société était clairement réglée dans un instrument

¹⁸² I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, *op.cit.*, p. 495.

¹⁸³ P. DAILLIER et A. PELLET, NGUYEN QUOC DINH, *Droit international public*, 6^{ème} ed., *op.cit.*, p. 774, § 489, nous soulignons

¹⁸⁴ MRG, p. 83, par. 4.24 et 4.25.

conventionnel spécifique. On le constatera en analysant successivement les trois types d'affaires.

1. Le manque de pertinence de la jurisprudence arbitrale ancienne citée par la République de Guinée pour la présente espèce

2.26. L'Etat demandeur cite à l'appui de son argumentation les sentences *Ruden*, du *Chemin de fer de la baie de Delagoa*, de la *Salvador Commercial Company*, *Shufeldt*, et *Alsop*, qui ont été rendues entre 1870 et 1930. Aucune de ces cinq affaires n'est pourtant pertinente pour la présente espèce.

a) Le manque de pertinence de l'affaire *Ruden* pour la présente espèce

2.27. La République de Guinée invoque l'affaire *Ruden* comme premier précédent, sans néanmoins citer aucun passage de la décision en cause. Elle se contente de signaler que la Commission mixte qui a jugé cette affaire a admis la réclamation d'un associé américain d'une société péruvienne dirigée contre l'Etat péruvien et que, de ce fait, « l'arbitre écarte le concept abstrait de la personnalité de la société pour ne plus voir que la personne privée de l'associé »¹⁸⁵.

2.28. La lecture des deux comptes-rendus de la décision montre cependant qu'il est pour le moins abusif de considérer l'affaire *Ruden* comme un précédent pertinent¹⁸⁶. Il faut en effet relever que le compromis conclu le 4 décembre 1868 entre les Etats-Unis et le Pérou ouvrait explicitement la possibilité de réclamations par des « corporations, firms or individuals » possédant la nationalité de l'un des Etats parties¹⁸⁷. En l'espèce, la Commission considère tout simplement que la plainte déposée par M. Ruden est irrecevable dans la mesure où elle vise les droits de la société, celle-ci ne possédant pas la nationalité américaine, mais qu'elle est recevable dans la mesure où il s'agit de protéger ses droits propres. Puisque cette dernière possibilité se retrouvait spécifiée dans le compromis établissant la compétence de la

¹⁸⁵ MRG, p. 85, par. 4.31.

¹⁸⁶ On retrouve un exposé du contenu de cette décision dans J.B. MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States has been a Party*, Washington, Government Printing Office, 1898, vol. II, pp. 1653-1655 (en anglais), ainsi que dans La Pradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, tome II, 1924, pp. 589-593 (en français).

Commission, l'affaire est dépourvue de toute portée pour ce qui concerne le droit commun de la protection diplomatique. C'est ce qui a fait écrire un commentateur avisé que

« The possibility exists of two distinct claims : one on behalf of the association as such, and one on behalf of the members. The question is, in what circumstances will the latter lie ? Is it also possible to admit that either the association or the members are entitled to claim in respect of *the same damage* ? The decision in *Ruden & Co.* does not go into these questions [...] »¹⁸⁸.

Le même auteur estime d'ailleurs que le principal intérêt de cette affaire consiste dans le commentaire doctrinal reproduit dans le *Recueil des arbitrages internationaux*, commentaire dont il estime les conclusions erronées¹⁸⁹.

2.29. En tout état de cause, on émettra les plus sérieuses réserves sur le principe même qui consiste à invoquer cette affaire en tant que précédent susceptible d'établir l'état du droit international positif. Moore signale en effet au sujet de cette commission que

« The commissioners jointly subscribed a declaration by which they bound themselves, in the language of the convention, impartially and carefully to examine and decide *to the best of their judgment and according to justice and equity*, without fear, favor, or affection to their respective countries, all the matters referred to them for their decision »¹⁹⁰.

Les termes soulignés montrent à suffisance que l'on est, dans cette affaire, bien au-delà de l'application stricte et rigoureuse du droit positif existant, à laquelle se livre la Cour internationale de Justice en application de l'article 38 de son Statut.

b) Le manque de pertinence de l'affaire du Chemin de fer de la baie de Delagoa pour la présente espèce

2.30. Dans son mémoire, la République de Guinée semble invoquer la sentence du *Chemin de fer de la baie de Delagoa*, rendue le 29 mars 1900, comme un précédent confirmant la possibilité pour l'Etat des actionnaires d'exercer la protection diplomatique de ces derniers à l'égard de mesures dirigées contre la société. Le raisonnement qu'elle développe à ce sujet

¹⁸⁷ J. MERVYN JONES, « Claims on behalf of Nationals who are Shareholders in Foreign Companies », *B.Y.B.I.L.*, 1949, p. 227.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 228.

¹⁸⁹ *Ibid.*, pp. 227-228.

¹⁹⁰ J.B., MOORE, *History and Digest, op.cit.*, vol. II, p. 1640 ; souligné par la République démocratique du Congo.

est cependant, aux yeux de la République démocratique du Congo, loin d'être limpide. Aucune citation ni enseignement clair déduit de cette sentence n'est évoqué pour fonder la qualité de précédent de cette affaire ; l'Etat demandeur se contente de reprendre mot à mot — sans pourtant s'y référer— le résumé de l'affaire établi par Charles Rousseau dans son *Traité de droit international public*¹⁹¹.

2.31. La lecture attentive de la sentence ne permet guère de se faire une idée plus précise à ce sujet. Le tribunal n'aborde, en effet, à aucun moment le problème de la protection diplomatique et des conditions de recevabilité qu'elle implique. Ce problème avait en effet été réglé dans les termes du compromis, qui disposait que

« le mandat que les trois gouvernements sont convenus de confier au tribunal est de fixer, comme il jugera le plus juste, le montant de la compensation due par le gouvernement portugais aux ayant droit des deux autres pays, par suite de la concession du chemin de fer de Lourenço Marques et de la prise de possession de ce chemin de fer par le gouvernement portugais, et de trancher ainsi le différend entre les trois gouvernements à cet égard »¹⁹².

Une fois ce compromis conclu, il va de soi que le tribunal arbitral n'avait plus qu'à en appliquer les termes et à décider, fort logiquement, d'accorder le montant de la compensation aux deux gouvernements concernés ainsi qu'à leurs ayant droit.

2.32. Enfin, la valeur de ce précédent est encore relativisée par la circonstance que, comme on l'aura relevé au passage, on peut douter que le tribunal ait à strictement parler fondé sa décision sur le droit international positif. Comme il le relève lui-même dans sa sentence, il a très généralement reçu mandat de se prononcer « comme il jugera le plus juste »¹⁹³. C'est sans doute ce qui explique les réticences émises par certains auteurs à l'endroit de cette décision dans laquelle « the principles to be applied are not precisely defined »¹⁹⁴.

c) Le manque de pertinence de l'affaire de la Salvador Commercial Co pour la présente espèce

¹⁹¹ MRG, pp. 85-86, par. 4.32-4.33 ; le par. 4.33 reprend mot pour mot l'exposé réalisé par Ch. ROUSSEAU, *Droit international public*, Paris, Sirey, tome V, p. 134, n°137.

¹⁹² Article I du Protocole du 13 juin 1891, La Fontaine, *Pasicrisie internationale, histoire documentaire des arbitrages internationaux*, Berne, Stämpfli & Cie, 1902, p. 398.

¹⁹³ Article I précité du compromis, et point II de la sentence, *ibid.*, p. 399.

¹⁹⁴ J. MERVYN JONES, « Claims on Behalf of Nationals who are Shareholders in Foreign Companies », *op.cit.*, p. 231.

2.33. Selon l'Etat demandeur, l'affaire de la *Salvador Commercial Co* constituerait un précédent pertinent pour la présente affaire, dans la mesure où le tribunal arbitral saisi de ce litige a, dans sa décision du 8 mai 1902, accepté la protection diplomatique exercée par les Etats-Unis en faveur des actionnaires d'une société salvadorienne¹⁹⁵. Comme l'indique pourtant à ce sujet Charles Rousseau —auquel le résumé de l'affaire est à nouveau emprunté mot pour mot sans que la République de Guinée y renvoie¹⁹⁶—, la valeur de cette décision est pour le moins sujette à caution, étant donné la faiblesse de sa motivation¹⁹⁷.

2.34. Au sujet du problème particulier de la possibilité de protéger les actionnaires américains, les arbitres se contentent en effet de renvoyer à l'affaire du *Chemin de fer de la Baie de Delagoa*¹⁹⁸, dont nous avons vu qu'elle n'enseignait rien de décisif, sinon la possibilité pour deux Etats de confier à l'arbitrage une question de ce type. Précisément, on relèvera que, dans l'affaire de la *Salvador Commercial Co*, le Salvador avait accepté de soumettre la question de la violation éventuelle des droits des actionnaires américains au tribunal, et ce en vertu d'un compromis rédigé en des termes dépourvus de tout équivoque à cet égard. Le sous-titre du compromis renvoie en effet à une « submission to arbitration of the claims against the Republic of Salvador of the Salvador Commercial Company and other citizens of the United States, stockholders in the corporation styled 'El Triunfo Company, limited' [...] »¹⁹⁹. La décision le mentionne d'ailleurs de façon très claire, en précisant, après avoir rappelé comment était né puis s'était développé le différend, que « having found it impossible to adjust the said differences by diplomatic negotiation, it was agreed by the said United States of America and the Republic of Salvador to refer the said disputes to the arbitrament and award [...] »²⁰⁰. Qu'il s'agisse de l'affaire du *Chemin de fer de la Baie de Delagoa* ou de celle de la *Salvador Commercial Co*, l'arbitre a simplement constaté que l'Etat défendeur avait conventionnellement accepté de confier au règlement judiciaire un litige l'opposant à des actionnaires étrangers. On voit mal ce que l'on pourrait en déduire pour ce qui concerne d'autres affaires, et en particulier pour la présente espèce, qui met en jeu les

¹⁹⁵ MRG, pp. 86-88, par. 4.34-4.38.

¹⁹⁶ MR.G., p. 86, par. 4.34. Mis à part la première phrase, ce paragraphe reprend à la lettre, mais sans le citer, un passage contenu dans Ch. ROUSSEAU, *Droit international public, op.cit.*, p. 136, n°137.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 479.

¹⁹⁹ V. le titre même du compromis, *ibid.*, p. 459.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 468.

règles générales de la protection diplomatique, sans qu'un compromis spécifique susceptible d'y déroger ait été conclu entre les deux Etats concernés.

2.35. Il existe encore une autre différence essentielle entre l'affaire de la *Salvador Commercial Co* et la présente espèce : selon les arbitres majoritaires, les autorités salvadoriennes avaient en effet adopté des mesures qui visaient directement les droits propres des actionnaires vis-à-vis de leur société²⁰¹. On peut en ce sens mentionner : le remplacement arbitraire d'administrateurs de la société salvadorienne par d'autres administrateurs, apparemment à la solde de l'Etat²⁰², la convocation de réunions d'organes dirigeants de la société sans en avertir les actionnaires américains majoritaires²⁰³, le refus de laisser consulter certains documents de la société à ces actionnaires²⁰⁴, etc. La République de Guinée prétend que « dans les deux cas, le fonctionnement normal des organes statutaires des sociétés a été paralysé par le fait des autorités étatiques respectives »²⁰⁵. La différence essentielle est que rien, dans les circonstances de la présente espèce, ne laisse penser que les autorités zaïroises, puis congolaises, se soient ingérées dans le fonctionnement interne des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre. Jamais il n'a été question de remplacer arbitrairement leurs dirigeants, ni d'intervenir dans la procédure de réunion de leurs administrateurs. Dans l'affaire de la *Salvador Commercial Co*, par contre, l'Etat défendeur avait directement entravé les droits des actionnaires vis-à-vis de leur société. On peut comprendre que, dans ces circonstances, les arbitres aient admis la recevabilité d'une action en protection diplomatique qui, comme on l'a déjà signalé, avait d'ailleurs été clairement admise par le Salvador dans le compromis d'arbitrage.

2.36. Enfin, il faut encore signaler au sujet de ce précédent qu'il semble plus relever du jugement en équité que d'une application rigoureuse du droit international positif. Les arbitres ont en tout cas justifié leur décision en renvoyant très généralement au « sense of justice »²⁰⁶, à une « rule of natural justice »²⁰⁷ et, encore, à la « natural justice »²⁰⁸.

²⁰¹ Voy. les commentaires de J.B. MOORE, *Digest, op.cit.*, vol. VI, pp. 649-650.

²⁰² *R.S.A.*, vol. XV, pp. 474-475

²⁰³ *Ibid.*, p. 475.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ MRG, p. 88, par. 4.38.

²⁰⁶ *R.S.A.*, vol. XV, p. 478.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 477, *in fine*.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 478.

d) Le manque de pertinence de l'affaire *Shufeldt* pour la présente espèce

2.37. La République de Guinée invoque encore l'affaire *Shufeldt* pour tenter de trouver un fondement jurisprudentiel à l'appui de son argumentation²⁰⁹. Dans cette sentence, rendue le 24 juillet 1930, le tribunal arbitral a en effet écarté l'argument de l'Etat défendeur –le Guatemala-, selon lequel les Etats-Unis ne pouvaient valablement protéger leur ressortissant, puisque les actes en cause étaient dirigés contre une société guatémaltèque et non contre M. Shufeldt personnellement²¹⁰.

2.38. Une fois encore, on ne peut cependant tirer aucun enseignement particulier de cette affaire pour la présente espèce. Outre que, là encore, l'arbitrage se fonde plus sur la « natural justice » que sur des sources formelles du droit international positif²¹¹, il suffit en effet de lire le compromis pour se rendre compte que la question avait été réglée par voie conventionnelle. Aux termes de cet accord, le Guatemala acceptait en effet explicitement qu'un tribunal exerce sa compétence au sujet des droits de M. Shufeldt en tant que citoyen des Etats-Unis²¹². C'est en ce sens que, se référant à l'argument que le Guatemala avancera en cours de procédure et qui tendait à revenir sur cette acceptation sous le prétexte que M. Shufeldt s'était engagé dans une association possédant la personnalité juridique selon le droit local, le tribunal affirme que

« any other view with regard to this question of partnership would be contrary to the provisions of the protocol of arbitration, which submits this question: 'Has P.W. Shufeldt ... the right to claim pecuniary indemnisation?' What the word 'right' in this question mean? It can only mean an equitable right of which international law takes cognizance. It can not mean legal right enforceable only in keeping with Guatemalan law, for if that was so this case never would have been referred to an international tribunal which does not administer municipal law. If this point raised by the Guatemalan Government was sound why should they have consented to arbitration? They referred to arbitration not the rights of Shufeldt & Co. but those of Shufeldt and this notwithstanding the provision in the contract requiring the formation of a partnership, put therein for the purpose of preventing such an arbitration »²¹³.

Cet extrait montre à suffisance que tout le raisonnement du tribunal est fondé sur les termes du compromis, auxquels l'Etat défendeur ne pouvait prétendre échapper ensuite en invoquant une exception à laquelle il avait clairement renoncé.

²⁰⁹ MRG, pp. 88-89, par. 4.39-4.40.

²¹⁰ R.S.A., vol. II, pp. 1080-1102.

²¹¹ R.S.A., vol. II, p. 1098.

²¹² R.S.A., vol. II, p. 1081.

2.39. Pour ce qui la concerne, la République démocratique du Congo n'a en revanche nullement accepté, par voie de compromis ou d'une autre manière, qu'une instance arbitrale ou juridictionnelle se prononce sur les droits de M. Diallo en dehors des hypothèses prévues par le droit international général.

e) Le manque de pertinence de l'affaire *Alsop* (2^{ème} phase) pour la présente espèce

2.40. La même conclusion peut être tirée au sujet de l'affaire *Alsop*, également invoquée par la République de Guinée. Dans cette affaire, l'arbitre a refusé l'argumentation du Chili tendant à écarter l'exercice de sa compétence en raison du fait que les mesures en cause étaient dirigées contre une société chilienne, et non contre le sieur *Alsop* lui-même²¹⁴.

2.41. Là aussi, une simple lecture des extraits pertinents de la sentence, datée du 5 juillet 1911, ne laisse subsister aucun équivoque sur ce point. La République démocratique du Congo se permet à cet égard de s'étonner de la citation reproduite par la République de Guinée à la page 90 de son mémoire qui, de façon très significative, omet une partie essentielle de la motivation du juge²¹⁵. Il faut, pour comprendre cette dernière, citer *in extenso* les passages suivants :

« The Chilean Government, in the case presented to Your Majesty, again suggests that, as the firm was registered in Chile, and is a Chilean company, their grievances cannot properly be the subject of a diplomatic claim, and that the claimants should be referred to the Chilean courts for the establishment of any rights they may possess. We hardly think that this contention is seriously put forward as precluding Your Majesty from dealing with the merits of the case. *It would be inconsistent with the terms of the reference of Your Majesty*, and would practically exclude the possibility of any real decision on the equities of the claim put forward [...]. We are clearly of opinion, *looking to the terms of reference* and to all the circumstances of the case, that such a contention, if intended to be seriously put forward by Chile, should be rejected »²¹⁶.

²¹³ *R.S.A.*, vol. II, p. 1098.

²¹⁴ MRG, pp. 89-90, par. 4.41-4.43.

²¹⁵ De l'avis de la République démocratique du Congo, on peut même considérer que la citation telle qu'elle est énoncée par la Guinée n'a jamais été opérée par le tribunal. La phrase «*It would practically exclude the possibility of any real decision on the equities of the claim put forward*» n'a jamais été prononcée telle quelle par le tribunal qui, comme on le constatera à la lecture de l'extrait reproduit ci-dessous, se réfère principalement aux «*terms of the reference of Your Majesty*», expression omise sans autre forme d'avertissement par la partie guinéenne.

²¹⁶ *R.S.A.*, vol. XI, pp. 359-360 ; nous soulignons.

Deux enseignements peuvent être déduits de cette citation.

2.42. D'abord, l'arbitre fonde sa décision sur les termes du compromis lui conférant compétence, pour en déduire qu'ils sont incompatibles avec l'argumentation avancée en cours d'instance par l'Etat défendeur. En l'occurrence, ce compromis énonçait que « the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Chile resolved that, as they had not been able to agree as to the amount equitably due to the claimants in the Alsop case, they would submit the whole controversy to his late Majesty King Edward VII as an *amiable compositeur* to determine the amount equitably due to the said claimants »²¹⁷. L'arbitre en déduit logiquement que le Chili a accepté qu'il se prononce sur le fond, et qu'il ne peut dès lors plus soulever d'exception tendant à l'empêcher d'exercer sa compétence. Si le compromis n'avait pas mentionné expressément que la question renvoyée à l'arbitrage était celle du montant de la réparation due aux plaignants, rien n'indique que la réclamation aurait été admise. Tout au contraire, il faut rappeler que, en réalité, le compromis a été conclu après que la Commission ait, dans un premier temps, refusé d'examiner la réclamation en raison du fait qu'elle visait des dommages causés à la société chilienne, et non pas à l'un de ses actionnaires²¹⁸.

2.43. Ensuite, on doit insister sur la circonstance que, dans cette affaire, le Roi d'Angleterre a expressément reçu le pouvoir des parties de statuer en tant qu' « amiable compositeur ». C'est ce qui explique qu'il se réfère à des éléments visiblement basés sur des considérations d'opportunité, comme la crainte que la solution préconisée par le Chili n'augmente la tension entre les deux pays. Dans ces conditions, il convient en tout état de cause de relativiser la portée de ce précédent en tant qu'expression de l'état du droit international positif, même de l'époque²¹⁹.

* * *

2.44. Une analyse attentive des cinq arbitrages invoqués par la République de Guinée mène à une conclusion identique : dans chacun de ces cas, l'arbitre s'est basé sur un compromis qui, d'une part, lui permettait de juger sans se limiter à l'application du droit international positif

²¹⁷ R.S.A., vol. XI, p. 355.

²¹⁸ M. DIEZ DE VELASCO, « La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires », *op.cit.*, p. 137.

²¹⁹ V. Ch. ROUSSEAU, *Droit international public*, *op.cit.*, p. 137, n°137.

et, d'autre part, contenait clairement une renonciation de l'Etat défendeur à invoquer une exception l'empêchant de se prononcer au fond. On se trouvait donc dans des hypothèses radicalement différentes de celle qui prévaut dans la présente espèce, où la Cour juge en droit, et n'est pas saisie d'un compromis en vertu duquel la République démocratique du Congo et la République de Guinée lui auraient confié la tâche de juger au fond le litige portant sur les intérêts de M. Diallo.

2.45. Il y a d'ailleurs lieu à ce stade de confirmer que l'argumentation développée ici par la République démocratique du Congo peut se fonder de façon très claire sur le précédent de la *Barcelona Traction*. Dans cette affaire, la Belgique avait en effet affirmé, comme le fait la République de Guinée aujourd'hui, que « [l]e droit de protection de l'Etat national des actionnaires a été reconnu dans de nombreuses sentences arbitrales »²²⁰. L'Etat demandeur avait, dans cette perspective, notamment invoqué les affaires de la *Delagoa Bay Railway Cy*, d'*El Triunfo Co.* (aussi dénommée *Salvador Commercial Co*) et *Schufeldt*²²¹. La Cour n'a, comme on le sait, pas été convaincue par cette argumentation, et s'en est expliquée précisément en mettant l'accent sur les spécificités des précédents invoqués, qui se fondaient bel et bien sur des instruments conventionnels spécifiques :

« Les Parties ont également invoqué la jurisprudence arbitrale générale qui s'est accumulée au cours des cinquante dernières années. Mais dans la majorité des cas les décisions citées se fondent sur les instruments qui établissent la juridiction du tribunal ou de la commission des réclamations et déterminent les droits pouvant bénéficier d'une protection, de sorte qu'elles ne sauraient faire l'objet de généralisations dépassant les circonstances particulières de l'espèce »²²².

Un ouvrage de référence en déduit que

« In the *Barcelona Traction* case the International Court of Justice regarded such decisions as resting upon the terms of the instruments establishing the tribunals, or as having been decided by way of an exception, and as therefore not directly relevant to the general rule of international law regarding the protection of shareholders [...] »²²³.

²²⁰ C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête : 1962) (Belgique c. Espagne), *Mémoires, Plaidoiries et Documents*, vol. I, Introduction de l'instance et début de la procédure écrite, Mémoire du gouvernement belge, p. 54, par. 320.

²²¹ *Ibid.*, pp. 154-155.

²²² C.I.J., *Recueil 1970*, p. 40, par. 63.

²²³ R. JENNINGS, A. WATTS (Eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed., Longman, 1992, p. 519, § 152.

2.46. Les conclusions tirées par la Cour en 1970 restent évidemment valables ; ces anciens arbitrages, qu'ils aient précédemment été invoqués par la Belgique ou qu'ils le soient aujourd'hui par la République de Guinée, sont basés sur des règlements conventionnels spécifiques que l'on ne pourrait transposer au droit commun de la protection diplomatique.

2. Le manque de pertinence de la jurisprudence récente citée par la République de Guinée pour la présente espèce

2.47. Consciente sans doute que son argumentation ne peut se fonder sur cette jurisprudence ancienne dépourvue de pertinence, l'Etat demandeur invoque encore deux précédents dont les conclusions semblent, à première vue, plus à même d'être transposées dans la présente affaire. Il prétend en effet que le droit international « s'oriente vers une reconnaissance plus concrète et effective des droits pouvant faire l'objet d'une protection »²²⁴, ce qui pourrait être déduit d'une décision arbitrale ainsi que d'un arrêt de la Cour internationale de Justice, tous deux rendus en 1989. Il s'agit, respectivement, des affaires *Biloune* et *ELSI*. Ces deux précédents sont toutefois loin de revêtir la portée que la République de Guinée entend leur prêter, et s'avèrent eux aussi dépourvus de pertinence pour la présente espèce.

a) Le manque de pertinence de l'affaire *Biloune* pour la présente espèce

2.48. La décision dans l'affaire *Biloune v. Ghana Investment Centre (GIC)* a été rendue le 27 octobre 1989, par un tribunal arbitral présidé par le juge Schwebel. La République de Guinée cite ce passage de la sentence, dans lequel le tribunal accepte la recevabilité de l'action de M. Biloune agissant à titre individuel, en dépit du fait que le contrat en cause avait été conclu par une société possédant une personnalité juridique distincte (la société MDCL), mais dont il était le principal actionnaire :

« The Tribunal also finds that, in the circumstances of this case, and particularly having regard to GIC's knowledge of Mr Biloune's role of financing and directing the project, Mr Biloune, though not a party to the GIC Agreement, may assert his own claim arising out of his investment in MDCL »²²⁵.

²²⁴ MRG, p. 66, par. 3.62.

²²⁵ MRG, p. 67, par. 3.62 ; *I.L.R.*, vol. 95, p. 204.

2.49. La Guinée omet cependant de citer les phrases qui suivent directement cette citation, et qui sont pourtant indispensables pour comprendre le raisonnement du tribunal :

« The Respondents have not disputed this conclusion, which find support in Article 22 of the GIC Agreement. The first paragraph of that article prohibits expropriation of an approved enterprise, and the second expressly protects a 'person who owns, whether wholly or in part, the capital' of such an enterprise. GIC is the entity originally named as the Respondent in this arbitration. As signatory to the GIC Agreement, GIC is clearly bound by it and its arbitration clause [...] »²²⁶.

Dans ces conditions, il n'est guère étonnant que le tribunal ait pu considérer que les droits de M. Biloune aient été lésés par les mesures en cause²²⁷.

2.50. Ainsi, l'affaire *Biloune*, loin de modifier l'état du droit international existant, doit être interprétée comme s'inscrivant dans le droit fil de la jurisprudence plus ancienne exposée ci-dessus. Ce précédent confirme simplement la possibilité pour un tribunal de se fonder sur un compromis pour écarter tout obstacle préliminaire à l'exercice de sa juridiction. Rien n'empêche, en particulier, de prévoir conventionnellement la compétence d'un arbitre international pour juger des droits d'actionnaires d'une société qui auraient été touchés par des actes dirigés contre la société elle-même. Le fait qu'on ait estimé utile de préciser spécifiquement cette possibilité dans un compromis montre bien que l'on se trouve là dans un régime dérogatoire au droit international général. Contrairement à ce que semble penser la République de Guinée sur ce point, l'affaire *Biloune* ne traduit donc aucune évolution vers une « reconnaissance plus concrète et effective des droits pouvant faire l'objet d'une protection », dès lors que les droits en question ne sont pris en compte par le tribunal arbitral qu'en raison du fait qu'ils ont été spécifiquement visés dans un texte sur lequel repose la compétence de la juridiction saisie. Une fois encore, la République démocratique du Congo rappelle cependant qu'aucun compromis de ce type n'a été conclu dans la présente espèce, qui met bel et bien en jeu le droit commun de la protection diplomatique.

b) Le manque de pertinence de l'affaire ELSI pour la présente espèce

2.51. La République de Guinée invoque encore, à l'appui de son argumentation, l'arrêt rendu par une Chambre de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *ELSI*, en 1989.

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ MRG, p. 66, par. 3.62.

Selon l'Etat demandeur, la Chambre aurait, dans cette affaire, indiqué qu'une atteinte aux actifs d'une société pouvait être considérée comme une atteinte aux droits de l'actionnaire de contrôler et gérer les sociétés dont il détenait le capital²²⁸. Ce faisant, la Cour aurait précisé la définition des droits d'un actionnaire de contrôler et gérer ses sociétés, d'une manière telle qu'elle permettrait à M. Diallo de se considérer comme personnellement lésé par les actes qui auraient été dirigés contre ses sociétés²²⁹. Si on va jusqu'au bout du raisonnement guinéen, la position de principe adoptée par la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction* aurait donc été profondément modifiée, voire remise en cause, en 1989 : la réquisition d'une société permettrait à l'Etat national des actionnaires, par le biais des droits de contrôle et de gestion dont bénéficient ces derniers, d'exercer sa protection diplomatique en leur faveur, et ce quelle que soit la nationalité de la société concernée.

2.52. Un tel raisonnement ne saurait être suivi, et l'on serait bien en mal de dégager du texte de cet arrêt un quelconque élément qui attesterait d'un tel revirement de jurisprudence. En réalité, la Chambre ne cite même pas le précédent de la *Barcelona Traction* à ce stade de sa décision, tout simplement parce qu'elle ne se prononce nullement sur le problème de la nationalité des sociétés et des actionnaires dans le cadre de l'exercice par un Etat de sa protection diplomatique. Il faut à ce sujet rappeler que la seule exception d'irrecevabilité soulevée par l'Italie dans l'affaire *ELSI* a consisté à prétendre que ses recours internes n'avaient pas été épuisés ; à aucun moment l'Etat défendeur n'a prétendu que la requête était irrecevable en raison de la nationalité italienne de la société réquisitionnée. Cette question était en effet clairement réglée dans l'article III du Traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu entre les Etats-Unis et l'Italie en 1948, en vertu duquel les sociétés de chacune des Hautes Parties contractantes avaient le droit de « constituer, contrôler et gérer » des sociétés de l'autre Partie. La Cour n'a donc plus eu, une fois écartée l'exception basée sur le non épuisement des recours internes, qu'à interpréter cette disposition spécifique pour vérifier, au stade du fond de l'affaire, si la réquisition litigieuse avait entravé ce droit conventionnel de « constituer, contrôler et gérer »²³⁰. La République démocratique du Congo éprouve, dans ce contexte, quelque difficulté à comprendre l'affirmation guinéenne, selon laquelle, « que la Cour se soit prononcée sur le fondement des dispositions du traité précité

²²⁸ MRG, p. 83, par. 4.26.

²²⁹ MRG, p. 84, par. 4.27.

²³⁰ C.I.J., *Recueil 1989*, p. 50, par. 70.

n'a à cet égard pas d'importance [...]»²³¹. Dans l'affaire *ELSI*, la Chambre n'applique ni n'interprète le droit international général en matière de nationalité des réclamations. Elle ne se prononce pas sur la portée des « droits propres des actionnaires en tant que tels », selon la formule utilisée dans l'affaire de la *Barcelona Traction*.

2.53. La lecture de l'opinion individuelle du juge Oda confirme ce point de vue. Le juge commence en effet par rappeler le droit commun en matière de protection diplomatique, en citant les passages pertinents de l'affaire de la *Barcelona Traction* pour, sur cette base, énoncer que

« [c]omme la Cour l'a expliqué en 1970, de tels droits —qui ont reçu le nom de 'droits propres' (*direct rights*) des actionnaires— n'impliquent pas un droit d'agir pour le compte de la personne morale. Au contraire ils constituent plutôt des droits vis-à-vis de celle-ci »²³².

Le juge Oda insiste sur la circonstance que les droits des actionnaires ne sont concevables qu'à l'égard de la société elle-même. Ainsi,

« quand les actionnaires approuvent une certaine politique lors de leurs assemblées, la responsabilité de sa mise en œuvre incombe à la société. Celle-ci est responsable devant les actionnaires de tout manquement à cet égard, mais les actionnaires ne peuvent faire valoir de droits qu'envers la société. En conséquence, s'il apparaît que cette politique a été contrecarrée par le fait controversé d'un tiers, on peut estimer que les droits de la société —mais non les 'droits propres des actionnaires en tant que tels'—ont été violés. Il s'ensuit que les actionnaires n'ont pas qualité pour agir contre le tiers en question »²³³.

Mais, en l'espèce, la question est de déterminer si un instrument conventionnel —en l'occurrence le traité de 1948— a modifié ce régime général. C'est à ce stade que le juge Oda avance une interprétation qui, selon ses propres termes, « diffère sensiblement de celle qu'en donne la Chambre dans son arrêt »²³⁴. Le juge semble en effet critiquer la Chambre pour avoir interprété le traité dans le sens d'une dérogation au régime général de la protection diplomatique alors que, selon lui, il fallait plutôt l'interpréter dans l'autre sens. Il apparaît clairement que le débat entre les juges n'a pas porté sur l'état du droit international général, mais sur l'interprétation d'un instrument conventionnel spécifique. C'est encore en ce sens

²³¹ MRG, p. 84, par. 4.28.

²³² C.I.J., *Rec. 1989*, p. 85.

²³³ *Ibid.*

²³⁴ *Ibid.*, p. 87.

que se prononce F.A. Mann qui, après avoir analysé soigneusement tous les termes de l'arrêt, estime que

« [t]he foregoing review seems to establish that the Judgment of the Chamber does not include any substantial contribution to the clarification or even the evolution of customary international law. On the other hand, insofar as treaty law is concerned, several lessons are to be learned »²³⁵.

2.54. Finalement, la République démocratique du Congo ne voit pas ce que l'on peut tirer de l'affaire *ELSI* qui soit pertinent pour la présente espèce, si ce n'est la confirmation de la possibilité d'accorder et de définir conventionnellement les droits que pourraient obtenir les actionnaires de certaines sociétés. Comme l'opinion du juge Oda le montre à suffisance, cela n'implique nullement une remise en cause du droit commun, qui continue à rester solidement ancré dans la solution dégagée par la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction*.

3. *Le manque de pertinence des décisions rendues par la Commission européenne des droits de l'homme pour la présente espèce*

2.55. La République de Guinée évoque enfin en quelques lignes la pratique de la Commission européenne des droits de l'homme, en se référant, sans les détailler, à trois cas qui permettraient de conforter sa thèse²³⁶. Aucune de ces trois décisions, qui ont été élaborées dans un cadre conventionnel et institutionnel régional très particulier, n'est pourtant pertinente pour apprécier les circonstances de la présente espèce.

2.56. L'Etat demandeur évoque d'abord la décision rendue le 4 octobre 1966 dans l'affaire *X c. Autriche*²³⁷. Le requérant accusait l'Etat autrichien d'avoir violé son droit de propriété en prenant diverses mesures à l'encontre d'une société dont il détenait 91% des parts, société déclarée en faillite et dont les actifs avaient été vendus à un prix anormalement bas par le curateur. C'est dans ce contexte que la Commission européenne des droits de l'homme se prononce en faveur du requérant, en constatant que l'article 1^{er} du Premier Protocole de la Convention européenne des droits de l'homme a été violé par l'Autriche.

²³⁵ F.A. MANN, « Foreign Investment in the International Court of Justice : the *ELSI* Case », *A.J.I.L.*, 1992, p. 99 ; v. aussi D. ALLAND, *Droit international public*, Paris, P.U.F., 2000, p. 416, n°380.

²³⁶ MRG, pp. 90-91, par. 4.45.

²³⁷ Requête N°1706/62, *Recueil des décisions de la Commission européenne des Droits de l'Homme*, n°21, Strasbourg, mars 1967, pp. 34 et ss.

2.57. La République démocratique du Congo éprouve quelque difficulté à comprendre comment on peut considérer que cette affaire constitue un précédent pertinent aux fins de la présente espèce. La Commission y a tout simplement indiqué qu'elle était d'avis que

« the Applicant is to be considered a victim, within the meaning of Article 25 of the Convention, of the alleged violations of the Protocol »²³⁸.

Dans ce contexte, il va de soi que la Commission ne se prononce nullement sur les conditions mises par le droit international à l'exercice, par un Etat, de sa protection diplomatique en faveur de ses ressortissants actionnaires d'une société. La requête en cause a été engagée non par un Etat contre un autre mais, conformément à l'article 25 de la Convention, par une personne privée à l'encontre d'un Etat. En l'occurrence, le demandeur avait d'ailleurs la nationalité de l'Etat défendeur. Dans ces conditions, on éprouve de sérieuses difficultés à comprendre comment on peut prétendre tirer des enseignements décisifs de cette affaire. La Commission affirme d'ailleurs explicitement qu'elle ne se prononce qu'au regard de l'article 25 de la Convention, qui vise très généralement « toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers, qui se prétend victime » d'une violation de la Convention. A aucun moment elle ne laisse entendre que les enseignements qu'elle tire sont susceptibles d'être transposés à l'hypothèse, radicalement différente, de la protection diplomatique exercée par un Etat à l'égard d'un autre, et ce en l'absence de tout instrument conventionnel particulier. Par ailleurs, on remarquera que, en l'espèce, le requérant se plaignait entre autres d'interférences dans son droit de diriger la société, constituées notamment du refus de la part d'autorités étatiques de donner effet à certaines de ses décisions de gestion²³⁹. Il accusait aussi l'Autriche d'avoir violé ses droits dans le cadre de la procédure de faillite, à un moment où la société était en voie de dissolution et où les actionnaires de celle-ci se voyaient directement concernés par les mesures des autorités publiques²⁴⁰. Les circonstances de fait de cette affaire sont donc très différentes de celles qui prévalent dans la présente espèce.

²³⁸ Requête N°1706/62, *op.cit.*, p. 44.

²³⁹ *Ibid.*, p. 46, 4.

²⁴⁰ *Ibid.*, pp. 47-49, 7.

2.58. La République de Guinée invoque encore les affaires *Yarrow et as. c. Royaume-Uni*²⁴¹ et *S. et T. c. Suède*²⁴².

- Dans la première de ces affaires, la Commission écarte comme irrecevables les requêtes de trois requérants qui étaient les actionnaires d'une société, par ailleurs elle aussi requérante, et qui avait été la destinataire directe des mesures étatiques en cause. La Commission se fonde notamment sur la circonstance que, au contraire de ce qui avait été observé dans l'affaire *X c. Autriche*, ils ne détenaient pas une participation décisive dans la société Yarrow et que, en droit,

« la Cour a jugé que, par 'victime', l'article 25 de la Convention 'désigne la personne directement concernée par l'acte ou l'omission litigieux' (affaire *Eckle*, arrêt du 15 juillet 1982, par. 66 ; voir aussi l'affaire *Klass*, Série A, vol. 28, par. 33) [...]. Dans ces conditions, la Commission estime que les faits dénoncés à l'occasion de la présente requête n'avaient qu'un effet indirect sur le deuxième, le troisième et le quatrième requérants, et non un effet direct qui leur aurait permis de se prétendre 'victimes' au sens de l'article 25 de la Convention»²⁴³.

La simple lecture de l'extrait pertinent de la décision montre que, à l'instar du précédent de l'affaire *X c. Autriche*, celui de l'affaire *Yarrow* n'est pertinent qu'aux fins de l'interprétation de l'article 25 de la Convention européenne des droits de l'homme. Même dans ce cadre, la Commission opte au demeurant ici en faveur de l'irrecevabilité de la requête.

- L'affaire *S. et T. c. Suède* concerne, elle aussi, la possibilité pour des actionnaires de se considérer comme des « victimes » au sens de l'article 25 de la Convention européenne. La Commission estime, dans cette affaire, que l'on se trouve dans le même cas de figure que celui qui a prévalu dans l'affaire *Yarrow*. Elle reprend dès lors les mêmes principes et les mêmes citations. Les mêmes conclusions prévalent une fois encore. On ne voit pas, ici non plus, ce que l'on peut déduire de cette jurisprudence au-delà d'une interprétation particulière d'une disposition spécifique de la Convention européenne des droits de l'homme. Il ne s'agit, dans aucun de ces cas, d'examiner les conditions mises par le droit international général à la mise en œuvre, par un Etat, de sa protection diplomatique en faveur des actionnaires d'une société qui ne posséderait pas sa nationalité.

²⁴¹ Décision du 28 janvier 1983, requête N°9266/81, *Décisions et rapports*, n°30, Strasbourg, février 1983, p. 155-226.

²⁴² Décision du 11 décembre 1986, requête n°11189/84, *D.R.*, n° 50, Strasbourg, février 1987, pp. 121-161.

2.59. En définitive, la seule question qui se posait dans ces trois espèces était de savoir si les actionnaires de sociétés atteintes par certaines mesures prises par un Etat partie à la Convention européenne des droits de l'homme pouvaient être considérés comme des « victimes », au sens particulier de ce terme dans le contexte de la Convention ²⁴⁴. Dans l'affirmative, ces personnes peuvent directement saisir les organes de la Convention et profiter de son régime spécifique de protection tandis que, dans la négative, tel n'est pas le cas. En tout état de cause, cette question n'altère en rien le régime général de la protection diplomatique qui, quant à lui, subordonne toujours la recevabilité d'une réclamation en faveur d'actionnaires d'une société étrangère à une violation des « droits propres » de ces actionnaires « en tant que tels ». Or, et comme la République démocratique du Congo le démontrera dans les pages qui suivent, tel n'est pas le cas dans la présente espèce.

C. Le droit international n'admet la protection des droits propres des actionnaires en tant que tels que dans des conditions très restrictives qui ne sont pas rencontrées en l'espèce

2.60. On a déjà relevé que, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour a admis la possibilité de principe de déposer une réclamation pour l'Etat national dans l'hypothèse où les actes incriminés sont dirigés contre les « droits propres des actionnaires en tant que tels »²⁴⁵. La République démocratique du Congo a déjà montré ci-dessus que cette hypothèse ne pouvait en aucun cas aboutir à « assimiler une atteinte aux droits de la société, entraînant un préjudice pour les actionnaires, à la violation de leurs droits propres », comme le souhaite la République de Guinée²⁴⁶. Il reste à montrer que, correctement interprétée, l'hypothèse restrictive de l'atteinte aux « droits propres des actionnaires en tant que tels » (1) ne correspond pas aux circonstances particulières de la présente espèce (2).

1. L'hypothèse de l'atteinte aux « droits propres des actionnaires en tant que tels » ne vise par définition que les relations des actionnaires vis-à-vis de la société

2.61. Il convient, pour bien comprendre la portée de cette règle, de repartir des termes utilisés par la Cour dans son arrêt de référence :

²⁴³ Décision du 28 janvier 1983, *op.cit.*, p. 221.

²⁴⁴ V. R. ABRAHAM, « Article 25 » in L.E. PETTITI, E. DECAUX et P.H. IMBERT (Dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, 1995, p. 588.

²⁴⁵ C.I.J., *Recueil 1970*, p. 36, par. 47.

²⁴⁶ MRG p. 83, par. 4.24 et 4.25.

« 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 »²⁴⁷.

Cet *obiter dictum* commence par énoncer un principe, puis l'illustre par des exemples particuliers. Dans les deux cas, il est évident que ce qui est visé sont des droits que l'actionnaire ne peut détenir que dans le cadre de ses relations avec la société.

2.62. Pour ce qui concerne le principe, on relèvera tout d'abord que la Cour n'ouvre pas la voie à une protection diplomatique en faveur des droits des actionnaires, sans autre précision. Il doit s'agir de droits « propres », d'actionnaires envisagés « en tant que tels » (« as such »), et non simplement des « droits en tant qu'actionnaire »²⁴⁸ ou des « droits propres des actionnaires », comme le prétend incidemment l'Etat demandeur²⁴⁹. Quant au terme « propre », son sens ordinaire renvoie à ce « qui appartient spécialement à quelqu'un, à quelque chose, qui le qualifie et le distingue de façon spécifique »²⁵⁰. Il ne fait que confirmer que, conformément à ce qui a été exposé plus haut, les droits de l'actionnaire ne peuvent se confondre avec ceux de la société, comme tend à le faire la République de Guinée. L'expression « en tant que tel » ajoute une deuxième condition : il faut que les droits concernés appartiennent à la personne concernée *en qualité d'actionnaire*, et non à un autre titre. On ne peut donc, par définition, envisager ici que les droits des actionnaires dans leurs relations avec la société, puisque ce n'est que de celle-ci qu'ils peuvent prétendre tirer leurs droits d'actionnaires. *A contrario*, l'actionnaire ne peut avoir de droit propre, en tant que tel, à ce que les contrats conclus par la société avec un tiers soient respectés car, dans ce cas, le droit n'est pas propre (c'est le droit de la société qui est en cause) et il ne peut non plus appartenir à l'actionnaire « en tant que tel » (toute personne, actionnaire ou non, peut détenir des droits de ce type).

2.63. Cette interprétation est confirmée par la liste des exemples qui est fournie par la Cour : le droit aux dividendes, le droit de prendre part aux assemblées générales et d'y voter, le droit

²⁴⁷ C.I.J., *Recueil 1970*, p. 36, par. 47.

²⁴⁸ MRG, p. 67, par. 3.63.

²⁴⁹ MRG, p. 91, par. 4.46

à une partie du reliquat d'actif de la société lors de la liquidation, sont des droits que l'actionnaire ne peut, par définition, invoquer que vis-à-vis de la société, dans certaines conditions et selon certaines modalités précisées dans les statuts et dans le droit commercial de l'ordre juridique concerné. La doctrine qui s'est penchée sur cette hypothèse s'est prononcée dans le même sens pour, soit reprendre les mêmes exemples, soit en citer d'autres mais qui concernaient toujours les « affaires intérieures » de la société, c'est-à-dire ses relations avec ses actionnaires²⁵¹. Personne n'évoque comme « droit des actionnaires en tant que tels » le droit à ce que la société ne subisse pas de préjudice, que ce soit à la suite du non-respect d'un contrat à laquelle elle serait partie ou par le biais d'une responsabilité extra-contractuelle. Le juge Tanaka a, quant à lui, relevé que « le fait de détenir une part prépondérante du capital social aux assemblées générales conférerait à l'actionnaire le droit de contrôle, mais on ne peut dire qu'il s'agisse là d'un 'droit' au sens propre : c'est plutôt un simple 'intérêt' »²⁵². Il illustre aussi l'hypothèse des droits des actionnaires en mentionnant :

« le droit aux dividendes, le droit au reliquat d'actif en cas de liquidation, le droit de vote aux assemblées générales, le droit des actionnaires minoritaires d'intenter une action en justice dans la mesure où la responsabilité des administrateurs est en cause, le droit de cession des actions, le droit d'exiger la délivrance des titres, etc »²⁵³.

2.64. Dans ces conditions, les actes à l'encontre desquels une action en protection diplomatique des droits propres des actionnaires en tant que tels peut être intentée couvrent des hypothèses très limitées. Comme le relève le professeur Brownlie :

« The shareholders may receive diplomatic protection from the state of their nationality in certain situations, namely, *when the act of the respondent state affects the shareholder's legal rights (for example, the right to receive dividends) as such, [...]* »²⁵⁴.

Le professeur Diez de Velasco cite plus précisément :

« le fait d'empêcher l'actionnaire de participer à l'assemblée générale de la société ou d'y exercer son droit de vote, l'interdiction faite à une société de distribuer des dividendes à des actionnaires étrangers à cause de cette condition ou l'imposition

²⁵⁰ Dictionnaire Larousse de la langue française, v° « propre ».

²⁵¹ M. SHAW, *International Law*, Cambridge, C.A.P., 4th ed., 1997, p. 566 ; J. VERHOEVEN, *Droit international public, op.cit.*, p. 638.

²⁵² C.I.J., *Affaire de la Barcelona Traction*, *Recueil 1970*, op. indiv. Tanaka, p. 125.

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 5th ed., *op.cit.*, p. 491 ; souligné par la République démocratique du Congo.

discriminatoire de caractère fiscal sur les dividendes des actions en possession d'actionnaires étrangers »²⁵⁵.

Une fois encore, il convient de souligner le caractère très restrictif de cette hypothèse ; pour reprendre le dernier exemple cité, il ne s'agit pas de prétendre qu'une imposition arbitraire de la société violerait les droits propres des actionnaires en tant que tels. Seule la taxation des *dividendes*, et non des biens ou des activités de la société elle-même, est évoquée. En d'autres termes encore, la recevabilité de la réclamation est subordonnée à ce que l'on pourrait désigner comme une « ingérence » dans les relations entre la société et ses actionnaires.

2.65. On se rappellera aussi que le juge Oda, dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt *ELSI*, estime que les droits propres des actionnaires en tant que tels « constituent plutôt des droits vis-à-vis de [la société] »²⁵⁶ et que, en conséquence, « s'il apparaît que cette politique a été contrecarrée par le fait controversé d'un tiers, on peut estimer que les droits de la société —mais non les 'droits propres des actionnaires en tant que tels'—ont été violés. Il s'ensuit que les actionnaires n'ont pas qualité pour agir contre le tiers en question »²⁵⁷.

2.66. La pratique internationale existante, quoique très pauvre en ce domaine, permet de confirmer ce constat. Ainsi, dans ce qui est souvent désigné comme l'affaire *Antioquia*, les Etats-Unis ont refusé d'accorder leur protection diplomatique à l'un de leurs ressortissants, actionnaire d'une société étrangère, en raison du fait que

« [i]f his individual shares, specifically as the property of an American, should be unjustifiably confiscated, a different question would be raised ; but as a corporator he had no individual property in the chattels or credits of the corporation »²⁵⁸.

La motivation confirme bien le principe : si l'Etat confisque les actions des actionnaires, leur droit propre de propriété en tant qu'actionnaire est atteint ; tel n'est pas le cas si c'est la société elle-même qui est visée. Le même raisonnement peut du reste être tenu si l'on revient sur les circonstances de l'affaire de la *Salvador Commercial Co*, déjà analysée plus haut. Dans ce cas —par ailleurs difficilement transposable ici pour des raisons déjà énoncées—, le tribunal se fonde sur des mesures dont on peut considérer qu'elles visaient directement les

²⁵⁵ M. DIEZ DE VELASCO, « La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires », *op.cit.*, p. 148.

²⁵⁶ C.I.J., *Rec. 1989*, p. 85.

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ J.B. MOORE, *Digest, op. cit.*, vol. VI, p. 644, § 985.

droits propres des actionnaires vis-à-vis de leur société²⁵⁹, comme le remplacement arbitraire d'administrateurs de la société salvadorienne par d'autres administrateurs, apparemment à la solde de l'Etat²⁶⁰, la convocation de réunions d'organes dirigeants de la société sans en avertir les actionnaires américains majoritaires²⁶¹, le refus de laisser consulter certains documents de la société à ces actionnaires²⁶², etc. L'Etat salvadorien s'était bel et bien ingéré dans les affaires intérieures de la société ce qui, dans ce cas particulier, pouvait être assimilé à une atteinte aux droits des actionnaires en tant que tels.

2. La République de Guinée ne peut prétendre protéger les droits propres d'un actionnaire en tant que tel puisque les mesures incriminées ne visent pas les relations de cet actionnaire vis-à-vis des sociétés dont il détient le capital

2.67. La République de Guinée annonce explicitement qu'elle adopte une définition large du « droit propre des actionnaires » —l'expression « en tant que tels » a alors, de manière significative, disparu²⁶³, ce qu'elle fait effectivement en visant

« tant les droits fonctionnels —droit de contrôler et gérer effectivement la société— que les droits patrimoniaux— droit à percevoir les dividendes, droit de propriété, qui inclut la valeur patrimoniale des titres détenus, etc »²⁶⁴.

La République démocratique du Congo reprendra successivement les deux hypothèses évoquées par l'Etat demandeur, pour montrer que les droits propres de M. Diallo en tant qu'actionnaire ne sont pas en cause dans la présente espèce, qu'il s'agisse de ses « droits fonctionnels » ou de ses « droits patrimoniaux ».

a) Les mesures incriminées ne sont pas dirigées contre les « droits fonctionnels » de M. Diallo en tant qu'actionnaire des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre

2.68. La République de Guinée prétend déduire une atteinte aux droits propres de son ressortissant en tant qu'actionnaire de la circonstance que

²⁵⁹ *Ibid.*, pp. 649-650.

²⁶⁰ *R.S.A.*, vol. XV, pp. 474-475.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 475.

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ MRG, p. 91, par. 4.46.

²⁶⁴ *Ibid.*

« [m]ême si, formellement, les sociétés n'ont pas été confisquées, depuis son expulsion en janvier 1996, M. Diallo n'a plus aucune possibilité d'exercer ses droits et responsabilités de propriétaire, actionnaire unique et seul dirigeant des sociétés en cause. Il se trouve éloigné de plusieurs milliers de kilomètres, alors qu'il se heurte à un Etat qui lui est hostile et ne montre guère de scrupule quant aux moyens utilisés pour parvenir à des fins. Il lui est, entre autres, impossible de superviser les employés, de se rendre physiquement sur le lieu des activités de ces sociétés, ou de rencontrer ses clients. Le pilotage social est donc totalement impossible. De plus, il ne peut évidemment pas poursuivre le processus engagé de recouvrement de ses créances, ni même faire appliquer les décisions de justice de la République démocratique du Congo et, par conséquent, récupérer les créances qui lui sont dues»²⁶⁵.

L'argument est erroné à un double titre.

2.69. D'abord, sur un plan purement factuel, la République démocratique du Congo éprouve beaucoup de difficultés à comprendre l'argumentation guinéenne. Est-il réellement crédible de prétendre que le dirigeant d'une société ne pourrait pas exercer son pouvoir de direction et de contrôle à partir d'un territoire étranger, fût-il situé à plusieurs milliers de kilomètres des lieux d'activité de cette société ? Les moyens de communication moderne ainsi que, tout simplement, la possibilité de déléguer des tâches d'exécution à des administrateurs locaux, y compris par la nomination d'un nouveau gérant, constituent indéniablement des moyens appropriés pour diriger une société, en République démocratique du Congo comme ailleurs. De nombreuses sociétés congolaises sont d'ailleurs dirigées par des personnes de nationalité étrangère, qui résident dans un territoire étranger, et qui concluent les contrats, assurent leur exécution et perçoivent des dividendes sans nécessairement se rendre personnellement et physiquement sur le terrain. En application de l'article 81 du décret précité du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales, les associés peuvent toujours se faire représenter (aux assemblées générales des associés d'une société commerciale) par un mandataire de leur choix, mais en observant les conditions exprimées par les statuts. Le pilotage social de ces sociétés n'est donc en rien « totalement impossible », pour reprendre l'expression pléonastique utilisée par la République de Guinée en guise de démonstration. La République démocratique du Congo remarque à ce sujet que, en dépit de ce que laisse entendre l'Etat demandeur, M. Diallo a lui-même continué à diriger la société Africontainers-Zaïre, y compris en poursuivant le processus de recouvrement des créances de cette société, et ce bien après le mois de janvier 1996. Il a suffi, à cet effet, d'engager des représentants et des avocats chargés d'agir au nom et sur les instructions de M. Diallo, ce qui semble au demeurant avoir

²⁶⁵ MRG, pp. 91-92, par. 4.48.

été le cas y compris dans le cadre de la présente instance²⁶⁶. Telle a notamment été la situation que l'on a pu observer tout au long des négociations engagées avec la GÉCAMINES, qui se sont poursuivies plus d'un an et demi après l'éloignement du territoire de M. Diallo, comme la République démocratique du Congo l'a déjà exposé et comme elle y reviendra lorsqu'elle démontrera que les voies de recours internes n'ont pas été épuisés au Congo²⁶⁷. Enfin, il y a lieu de relever que, au mois de mars 1997, soit plus d'un an et demi après son éloignement du territoire national congolais, M. Diallo écrivait encore personnellement au gouvernement congolais en vue d'obtenir son appui dans les affaires impliquant les sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre²⁶⁸. Dans ces circonstances, affirmer que son ressortissant ne pouvait « évidemment pas » poursuivre le processus de recouvrement des créances engagé plus tôt relève de la pétition de principe pure et simple.

2.70. Ensuite, et en tout état de cause, la République démocratique du Congo relève que, conformément aux principes juridiques qui viennent d'être rappelés, la question n'est pas de déterminer si les sociétés ont ou n'ont pas été confisquées (que ce soit de manière formelle ou informelle, comme le laisse entendre la République de Guinée). Il importe plutôt de vérifier si les actions, les dividendes ou les droits spécifiques de M. Diallo en tant qu'actionnaire ont été visés. L'Etat demandeur doit donc démontrer que les mesures incriminées sont, pour reprendre l'expression de la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, « dirigées contre » les droits propres de M. Diallo en tant qu'actionnaire. En l'espèce, il est difficile de prétendre que l'éloignement du territoire de M. Diallo, qui est la seule mesure incriminée à ce stade, a été « dirigée contre » son droit de superviser les employés, de rencontrer des clients, ou de se rendre physiquement sur le lieu des activités de ces sociétés, pour reprendre les trois seuls exemples retenus dans le mémoire. En réalité, la partie guinéenne ne cherche même pas à démontrer que les droits d'actionnaire de M. Diallo étaient visés comme tels. Elle se contente de prétendre (à tort, comme la République démocratique du Congo l'a démontré) que les effets de la mesure incriminée (en l'occurrence l'éloignement du territoire) ont pour effet de l'empêcher d'exercer pleinement ses droits. On se trouve bien loin des circonstances qui ont prévalu dans l'affaire de la *Salvador Commercial Co*, dans laquelle le gouvernement a vait adopté des mesures de destitution des dirigeants en vue de prendre la direction de la société. Absolument rien ne laisse entendre -et encore une fois la République de Guinée ne le prétend

²⁶⁶ *Infra*, par. 3.29 et 3.30.

²⁶⁷ *Supra*, par. 1.14-1.16, et *infra*, par. 3.29.

²⁶⁸ MRG, annexe 218.

même pas à ce stade- que l'éloignement de M. Diallo du territoire zaïrois constituait une mesure dirigée contre ses droits en tant qu'actionnaire.

2.71. Finalement, l'argumentation guinéenne relative aux « droits fonctionnels » de son ressortissant n'est fondée ni en fait ni en droit. Ses droits ne sont ni visés, ni essentiellement atteints par l'éloignement de M. Diallo du territoire zaïrois, seule mesure incriminée à ce stade. Aucune décision de justice, œuvre doctrinale ou autorité quelconque qui accrédirait la conception large de la notion de « droits propres des actionnaires en tant que tels » telle qu'elle est défendue par la République de Guinée n'est au demeurant citée dans ses écritures.

b) Les mesures incriminées ne sont pas dirigées contre les droits patrimoniaux de M. Diallo en tant qu'actionnaire des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre

2.72. L'Etat demandeur prétend, au sujet de ce qu'il appelle les « droits patrimoniaux » de son ressortissant, que

« [d]u fait du comportement des autorités congolaises, M. Diallo, propriétaire des sociétés congolaises Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, voit aujourd'hui la valeur de son patrimoine réduite à néant par le comportement illicite de la République démocratique du Congo. Les faits internationalement illicites de celle-ci l'empêchent de contrôler et gérer ses sociétés et de poursuivre le recouvrement des créances qu'il détient à l'égard de l'Etat lui-même et de diverses sociétés privées (du reste en grande partie contrôlées par l'Etat lui-même) et même de poursuivre le recouvrement effectif des créances ayant fait l'objet de décisions judiciaires définitives »²⁶⁹.

2.73. La République démocratique du Congo a déjà répondu en substance à l'essentiel de cette argumentation ; outre que, sur le plan des faits, il faut rappeler qu'aucune décision judiciaire définitive n'a été adoptée en l'espèce²⁷⁰, on remarquera que le contrôle et la gestion des sociétés sont possibles, et que les mesures incriminées ne sont pas dirigées contre le droit de M. Diallo de les exercer. Elle ajoutera à ce stade que ce passage du mémoire guinéen offre une démonstration supplémentaire de la volonté de l'Etat demandeur de confondre presque entièrement les droits, les personnalités et les patrimoines des deux sociétés congolaises et de leur dirigeant. Dans ce contexte, l'expression « droits patrimoniaux » propres de M. Diallo en

²⁶⁹ MRG, p. 92, par. 4.49.

²⁷⁰ *Supra*, chapitre I des présentes écritures.

tant qu'actionnaire ne signifie évidemment plus rien, et s'avère en tout état de cause radicalement incompatible avec l'état du droit international existant.

2.74. La République de Guinée affirme incidemment, et à plusieurs reprises, que M. Diallo est « propriétaire » des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre²⁷¹. C'est dans cette perspective qu'elle considère que les sociétés en cause font partie du patrimoine de M. Diallo et que, lorsque celui-ci cherche à recouvrer les créances dues à la société, il ne fait rien d'autre que tenter de recouvrer « ses créances » ou « les créances qu'il détient »²⁷². Les pronoms soulignés renvoient à M. Diallo, alors qu'il s'agit en réalité de créances des deux sociétés, mais la distinction importe peu, puisque celles-ci font partie du patrimoine de celui-là.

2.75. Il suffit de poursuivre la logique induite par le raisonnement guinéen pour en mesurer le caractère excessif car, inéluctablement :

- si M. Diallo est propriétaire de deux sociétés, il est propriétaire de deux personnes, qui se voient pourtant réduites au rang de biens susceptibles d'appropriation, et ce en dépit de la reconnaissance de leurs personnalités juridiques propres, qui ne sont contestées par personne ;
- si les deux sociétés font partie du patrimoine de M. Diallo, les biens de ces sociétés en font partie également ; tous les biens, y compris les créances, font donc partie du même patrimoine (celui de M. Diallo) ; la notion même de différence de patrimoines découlant de la différence de personnalités perd toute signification;
- finalement, et si on suit la logique à son terme, les dettes de la sociétés seraient en même temps les dettes de M. Diallo lui-même, ce que la Guinée se garde bien d'affirmer (car il semble que ce qui est valable pour les créances ne le soit plus pour les dettes, M. Diallo invoquant alors bel et bien la séparation des personnalités et des patrimoines), mais qui découle de son raisonnement.

²⁷¹ Dès les premières lignes de la requête, la République de Guinée évoque de manière très générale au sujet de M. Diallo « le recouvrement d'importantes créances détenues par *ses entreprises* sur l'Etat et les sociétés pétrolières qu'il abrite et dont il est actionnaire » (requête de la Guinée, p. 2 ; souligné par la République démocratique du Congo). V. aussi, p. ex., MRG, pp. 101, par. 4.71, 103, par. 4.75, ainsi que le premier point des conclusions de la République de Guinée, MRG, p. 108.

2.76. La Guinée développe ainsi un raisonnement qui, sous couvert de « droits propres des actionnaires en tant que tels », en vient à nier toute séparation de personnalité juridique et, plus fondamentalement, à heurter bon nombre de principes généraux de la théorie générale du droit. Elle fait mine d'ignorer que, en droit, il paraît plus approprié de considérer que M. Diallo n'est propriétaire que des *actions* des deux sociétés, et non des sociétés elles-mêmes et que, par conséquent, l'actionnaire (même exclusif) n'est pas lui-même propriétaire des biens ni des créances des sociétés concernées. M. Diallo ne peut du reste pas prétendre être le seul créancier de ces deux sociétés puisque, mis à part le cas spécifique des actionnaires qui peuvent prétendre aux dividendes éventuels de leurs actions, il peut évidemment exister d'autres personnes envers lesquelles ces sociétés sont endettées. A supposer même, dès lors, que les sociétés obtiennent gain de cause dans toutes les réclamations qu'elles ont soulevées envers leurs débiteurs, M. Diallo ne pourrait évidemment prétendre être propriétaire des créances récupérées. Celles-ci feraient, en effet, partie du patrimoine de la société concernée et pourrait, bien évidemment, servir, en tout ou en partie, à apurer des dettes envers d'autres créanciers, à couvrir des frais de fonctionnement, ou encore à payer les salariés de la société elle-même. Ce n'est qu'une fois ces dettes apurées que, comme tout actionnaire, M. Diallo pourrait prétendre à obtenir des dividendes ou, en cas de faillite, des dédommagements dans le cadre de la liquidation. Même dans cette hypothèse, il faut encore prendre en compte l'obligation, pour la société puis pour les actionnaires, de respecter les obligations existantes en matière d'impôts sur les revenus professionnels, ainsi que sur les revenus mobiliers. La stratégie de M. Diallo, qui tente d'obtenir devant la Cour internationale de Justice la totalité des réclamations des deux sociétés qu'il dirige, sans aucunement tenir compte des autres créanciers de ces sociétés et de toutes les dettes ou obligations qui pèsent sur ces dernières, est totalement incompatible avec les principes généraux les plus élémentaires du droit commercial. Celui-ci admet non seulement la séparation des personnalités et des patrimoines des S.P.R.L. et des détenteurs de leurs parts sociales, mais aussi la nécessité de tenir compte de l'actif comme du passif de ces patrimoines.

2.77. Enfin, la République démocratique du Congo avoue sa plus complète perplexité face aux affirmations de l'Etat demandeur, selon lesquelles « l'actionnaire a une personnalité morale, distincte de celle de la société »²⁷³ et que, par conséquent, « M. Diallo, actionnaire majoritaire des sociétés A fricom Z aïre et Africontainers, a une personnalité morale propre,

²⁷² MRG, p. 92, par. 4.48 et 4.49 ; souligné par la République démocratique du Congo.

²⁷³ MRG, p. 80, par. 4.15.

distincte de ces dernières »²⁷⁴. A la connaissance de la République démocratique du Congo, jamais il n'a été question d'accorder une personnalité morale à une personne physique, fût-elle actionnaire (ou détentrice de parts sociales) d'une société. Une fois de plus, l'argumentation guinéenne semble viser à entretenir la confusion là où le principe est relativement simple : soit une société dotée de la personnalité morale est atteinte dans ses droits, et c'est elle —et le cas échéant l'Etat dont elle possède la nationalité—qui a qualité pour agir ; soit c'est un actionnaire, en tant que tel, qui voit ses droits propres atteints, et il peut, de même que son Etat national, valablement se prétendre lésé. Il n'existe aucune situation intermédiaire susceptible, par le biais d'une « personnalité morale d'une personne physique » totalement inconnue sur le plan juridique, de conférer qualité pour agir à l'Etat national d'un actionnaire à l'égard d'éventuelles violations des droits de la société.

2.78. Ces principes élémentaires du droit commercial peuvent évidemment être dégagés d'une analyse de la doctrine ainsi que de certaines décisions arbitrales. Le professeur Diez de Velasco cite à cet égard l'affaire *Kunhardt*, dans laquelle la Commission arbitrale écarte la réclamation d'une société américaine, *Kunhardt and Co*, qui était actionnaire majoritaire d'une société vénézuélienne. Il indique que « le commissaire américain et le vénézuélien furent d'accord sur le fait que les réclamations des actionnaires ne peuvent pas être admises pour des dommages causés au patrimoine social car les actionnaires manquent, tant individuellement que collectivement, d'un droit de propriété sur les biens de la société ; ce droit leur fut seulement reconnu dans une partie proportionnelle en procédant à la répartition de l'actif de la société au moment de sa dissolution »²⁷⁵, le tout en tenant dûment compte des droits des autres créanciers²⁷⁶. A la lecture de la sentence, on relève en effet que, en toute logique,

« the shareholders of an anonymous corporation are not co-owners of the property of the said corporation during its existence ; they only have in their possession a certificate which entitles them to participate in the profits and to become owners of proportional parts of the property and values of the corporation when this one makes an adjudication as a consequence of its final dissolution »²⁷⁷.

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ M. DIEZ DE VELASCO, « La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires », *op.cit.*, p. 151.

²⁷⁶ *R.S.A.*, vol. IX, p. 176.

²⁷⁷ *R.S.A.*, vol. IX, p. 179.

La distinction de principe entre le patrimoine social et les droits des actionnaires, de même que l'absence de droits de propriété de ceux-ci sur les biens sociaux ont aussi été très clairement réaffirmées dans l'affaire de la *Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft*²⁷⁸.

2.79. En définitive, la République de Guinée ne fait que confirmer tout le sens de sa réclamation lorsqu'elle affirme que M. Diallo, alors qu'il agit en vue de recouvrer les créances détenues par les deux sociétés, ne fait qu'agir pour recouvrer « ses créances » ou « les créances qu'il détient ». Cette assimilation et cette confusion constante entre la personne de l'actionnaire et celle de sa société sont totalement contraires au droit international existant. La requête guinéenne doit donc être déclarée irrecevable et, comme la République démocratique du Congo le démontrera à présent, cette conclusion ne saurait être remise en cause au nom de « considérations d'équité ».

²⁷⁸ M. DIEZ DE VELASCO, « La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires », *op.cit.*, p. 151 et *R.S.A.*, vol. II, pp. 781-795.

Section 2. La République de Guinée ne peut en l'espèce prétendre exercer une « protection des droits des actionnaires par substitution de la société détenue » pour des raisons d'équité

2.80. L'Etat demandeur en appelle à des « considérations d'équité » pour justifier « le droit d'exercer sa protection diplomatique, indépendamment de la violation des droits propres des actionnaires »²⁷⁹. L'argument se fonde uniquement sur le fait que, contrairement à ce qu'on a pu observer dans le cas de la *Barcelona Traction*, l'Etat dont la responsabilité est en cause est en même temps l'Etat national de la société concernée. En l'occurrence, les deux sociétés dont la République de Guinée cherche à assurer la protection à l'encontre de la République démocratique du Congo étant de nationalité congolaise, il serait équitable d'admettre la réclamation de l'Etat demandeur par « substitution de la société détenue »²⁸⁰.

2.81. Ce volet de l'argumentation guinéenne ne saurait, pas plus que le précédent, être retenu. La République démocratique du Congo montrera en effet que, d'une part, et à titre principal, l'argument guinéen de l'équité n'est tout simplement pas recevable en l'espèce et que, d'autre part, et en tout état de cause, il ne serait nullement « équitable » d'admettre dans cette affaire une protection de M. Diallo « par substitution » des sociétés dont il est actionnaire.

A. L'argument de la République de Guinée, fondé sur une équité *contra legem*, n'est pas recevable en l'espèce

2.82. On sait que, lorsqu'on évoque l'équité, il y a lieu de distinguer :

- l'équité *infra legem*, c'est-à-dire, selon les termes de la jurisprudence de la Cour, « cette forme d'équité qui constitue une méthode d'interprétation du droit et qui en est l'une des qualités »²⁸¹ ;
- l'équité *prater legem* comme « qualité de l'équité qui assure une fonction supplétive du droit dans le cas de lacune ou d'insuffisances »²⁸² ;

²⁷⁹ MRG, p. 93, par. 4.52.

²⁸⁰ Selon le titre de la p. 93 du MRG.

²⁸¹ C.I.J., *Recueil 1986*, arrêt du 22 décembre 1986, pp. 567-568.

- l'équité *contra legem*, comme « qualité de l'équité qui assure une fonction éliminatrice du droit, pour imposer une solution contraire ou, du moins, totalement indépendante des règles en vigueur »²⁸³.

En l'espèce, il ne fait guère de doute que la République de Guinée demande à la Cour de faire usage de ce dernier type d'équité, dans la mesure où il s'agit bel et bien d'« imposer une solution contraire ou, du moins, totalement indépendante des règles en vigueur ».

2.83. A ce stade de son argumentation, l'Etat demandeur admet en effet que l'on se trouve dans une hypothèse différente de celle de la protection diplomatique telle qu'elle est conçue en droit international positif. L'équité n'est en effet invoquée qu'« indépendamment de la violation des droits propres des actionnaires » (l'expression est utilisée deux fois), et ce en vue d'assurer une protection « par substitution de la société » (selon le titre même qui annonce l'argumentation guinéenne). Par définition, la protection diplomatique pourrait dès lors être exercée par l'Etat national de l'actionnaire, alors même que les droits propres de ce dernier ne sont pas atteints (car, si tel était le cas, il suffirait d'appliquer le droit existant et de formuler une réclamation en protection de ses droits propres en tant qu'actionnaire), mais que seuls ceux de la société le seraient. L'Etat national de celle-ci ne pouvant la protéger, l'Etat de l'actionnaire assurerait une protection par substitution, ce qui ouvre la voie à l'alternative suivante :

- soit l'Etat national de l'actionnaire agit « par substitution » pour le compte de la société dont il ne possède pas la nationalité, en vue de la rétablir dans ses droits, l'actionnaire étant le bénéficiaire indirect de l'opération ;
- soit cet Etat national agit pour le compte de son actionnaire, mais sans qu'il soit question de rétablir les droits propres de l'actionnaire qui, par hypothèse, n'ont pas été atteints.

Il va de soi que, quelle que soit la manière dont on envisage la question, cette « protection diplomatique » va bien au-delà de ce que prévoit le droit international positif. Comme on l'a déjà rappelé, celui-ci repose sur une logique selon laquelle, en violant les droits

²⁸² J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op.cit., p. 443.

²⁸³ *Ibid.*, p. 442.

d'un ressortissants étranger, on viole aussi les droits de l'Etat dont il possède la nationalité. C'est cette circonstance, et cette circonstance seule, qui justifie la mise en œuvre de la protection diplomatique. *A contrario*, si aucun droit de ses ressortissants n'est violé, aucun droit de l'Etat n'est violé et, par conséquent, cet Etat ne peut en aucun cas avoir qualité pour agir. En d'autres termes encore, la République de Guinée demande à la Cour d'accepter sa réclamation alors qu'aucun de ses droits n'a été violé, que ce soit de manière directe ou dans la personne de l'un de ses ressortissants. C'est dire que l'on se trouve bien au-delà d'une « fonction supplétive du droit dans le cas de lacune ou d'insuffisances » (équité *praeter legem*) et *a fortiori* d'une simple « méthode d'interprétation du droit » (équité *infra legem*).

2.84. La Cour ne saurait se laisser aller à de telles extrémités. En application de l'article 38 de son Statut, son rôle est « d'appliquer le droit tel qu'elle le constate et non de le créer »²⁸⁴. Il y a lieu de prendre les mêmes précautions que celles dont s'est entourée la Chambre dans l'affaire du *Différend frontalier* :

« Il est clair que la Chambre ne peut, en la présente affaire, statuer *ex aequo et bono*. N'ayant pas reçu des Parties la mission de procéder à un ajustement de leurs intérêts respectifs, elle doit également écarter en l'espèce tout recours à l'équité *contra legem*. La Chambre n'appliquera pas non plus l'équité *praeter legem* »²⁸⁵.

Dans la présente espèce également, les Parties n'ont pas recouru à l'option ouverte à l'article 38 par. 2 du Statut de la Cour en demandant à celle-ci de statuer *ex aequo et bono*. On ne se trouve pas ici dans la situation qui était celle des arbitres ou des Commissions mixtes dont certaines des décisions ont été invoquées par la République de Guinée, que les compromis instituèrent comme « amiables compositeurs » ou auxquels ils permettaient de recourir à la justice naturelle, ou à l'équité conçue dans son sens le plus large. En tant que plus haute juridiction mondiale reconnue et respectée par l'ensemble des Etats, la Cour applique le droit international existant, et non telle ou telle conception particulière de la justice.

B. En tout état de cause, la solution préconisée par la République de Guinée n'est pas équitable

²⁸⁴ C.I.J., Affaire du *Sud-Ouest africain (2^{ème} phase)*, Recueil 1966, p. 48, par. 89 ; v. aussi C.I.J., Affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*, Rec. 1974, p. 33, par. 78.

²⁸⁵ C.I.J., Recueil 1986, p. 567, par. 28 ; v. aussi C.I.J., Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, Rec. 1969, pp. 47, par. 85 et 48, par. 88.

2.85. A supposer même que la Cour en vienne à accepter d'appliquer l'équité au sens extrêmement large que donne l'Etat demandeur à cette notion, le résultat ne serait pas fondamentalement différent. D'une part, la solution préconisée par la République de Guinée, qui consiste à autoriser une protection de l'Etat national des actionnaires lorsque la société possède la nationalité de l'Etat défendeur, n'est, dans son principe même, pas équitable (1). D'autre part, et ce deuxième temps du raisonnement impliquera de se pencher plus précisément sur les particularités factuelles de la présente affaire, l'application de ce principe en l'espèce mènerait à un résultat inéquitable (2).

1. La solution préconisée par la République de Guinée n'est, dans son principe, pas équitable

2.86. Le dictionnaire de droit international public définit très généralement l'équité comme le « sentiment sûr et spontané du juste et de l'injuste »²⁸⁶. La généralité de cette définition ne doit pas conduire à mésestimer son utilité. Pour que l'équité puisse être appliquée en droit, et en particulier si elle l'est en vue de suppléer les lacunes et même de contourner le droit positif, il faut qu'elle puisse s'appuyer sur un sentiment spontané, et donc très largement partagé. En d'autres termes, le contournement de la règle de droit ne peut, tout particulièrement en droit international, se concevoir que par rapport à une conception universelle, et non sur la base d'une conception particulière, de l'équité.

2.87. Or, une analyse de la doctrine et de la jurisprudence montre que, dans son principe même, la protection d'un actionnaire par l'Etat demandeur en substitution de la société qui possède la nationalité de l'Etat défendeur est loin d'être unanimement acceptée. En guise d'argument à l'appui de sa thèse, la République de Guinée se contente de citer les opinions individuelles des juges Jessup et Fitzmaurice jointes à l'arrêt de la *Barcelona Traction*²⁸⁷. Avec tout le respect qui leur est dû, la République démocratique du Congo remarque que ces deux opinions, si elles ne sont pas totalement isolées, sont très loin de pouvoir prétendre refléter un point de vue universel et incarner ainsi un « sentiment sûr et spontané du juste ». On peut en effet relever des opinions individuelles de juges ou des auteurs (a), mais aussi des décisions arbitrales (b), qui se prononcent très nettement dans un sens inverse.

²⁸⁶ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op.cit., p. 441.

²⁸⁷ MRG, pp. 93-96.

a) La possibilité d'une protection de l'Etat national des actionnaires lorsque la société possède la nationalité de l'Etat défendeur est considérée comme inéquitable par de nombreux juges et auteurs

2.88. Il suffit d'abord pour s'en convaincre de citer les extraits suivants d'opinions individuelles d'autres juges jointes à la même affaire. Ainsi, selon le juge Padilla Nervo,

« Je ne partage *pas* le point de vue selon lequel l'Etat national des actionnaires peut exercer la protection diplomatique quand l'acte incriminé a été commis par l'Etat national de la société, car cela revient à admettre que tout Etat, sous prétexte de protéger les intérêts des actionnaires d'une société étrangère, peut refuser de reconnaître la personnalité juridique de sociétés constituées conformément aux lois de l'Etat national de ces sociétés.

J'ai des réserves à formuler sur le paragraphe 92 de l'arrêt. Pour les raisons que je viens d'énoncer, je suis d'avis que la prétendue thèse visée par ce paragraphe est dépourvue de toute validité. Le fait que ce paragraphe de l'arrêt se termine par la phrase suivante : *'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'*, ne doit pas être interprété comme impliquant que cette 'thèse' pourrait être applicable dans d'autres cas où l'Etat dont la responsabilité est alléguée est l'Etat national de la société.

Il s'agit là d'un point fondamental dans le domaine de l'intervention exercée pour le compte de nationaux qui sont actionnaires de sociétés anonymes étrangères.

Abstraction faite des nombreux cas où le droit de protection a été exercé dans le passé —en marge ou en contravention du droit international— au moyen de pressions économiques, politiques ou militaires, il n'est pas inutile de rappeler que —dans le passé également— à l'occasion de prises de positions juridiques sur le respect de la souveraineté des autres Etats, il y a eu reconnaissance historique de la personnalité distincte des sociétés anonymes, et que les opinions exprimées à ce propos ont souligné l'existence indépendante de la société en tant que personne juridique [...] »²⁸⁸.

Même si c'est par le biais d'un raisonnement différent, le juge Morelli partage la même réticence à admettre l'hypothèse de l'action supplétive de l'Etat national des actionnaires, sous le prétexte que la société possède la nationalité de l'Etat défendeur :

« [...] Il faut reconnaître, au contraire, qu'il y a réellement impossibilité de la protection diplomatique à l'égard de la société lorsqu'il n'existe aucun Etat étranger qui pourrait l'exercer. C'est précisément le cas d'une société ayant la nationalité du même Etat dont l'obligation internationale est en cause.

Toutefois, dire qu'en ce cas les Etats nationaux des actionnaires sont autorisés à protéger les intérêts de ceux-ci, parce que ces intérêts ne peuvent bénéficier indirectement d'une protection quelconque accordée à la société, signifie bouleverser

²⁸⁸ C.I.J., *Recueil 1970*, pp. 257-258.

complètement le système des règles internationales sur le traitement des étrangers. Il s'agirait en outre d'une déduction tout à fait illogique et arbitraire.

En effet, si l'on envisage une protection indirecte éventuelle, cela veut dire que l'on constate, pour ce qui concerne les actionnaires, l'absence d'une protection directe de la part du droit international : on constate, en d'autres termes, que le droit international ne considère pas les intérêts des actionnaires, en tant que simples intérêts, comme dignes de protection de sa part et qu'il s'abstient partant de mettre à la charge de l'Etat, à ce sujet, des obligations quelconques vis-à-vis des Etats nationaux des mêmes actionnaires. Cette attitude négative du droit international ne pourrait être renversée pour le motif que les intérêts des actionnaires pourraient, dans d'autres hypothèses, bénéficier d'une protection purement indirecte. Par cette voie artificielle et illogique on aboutirait à créer, pour les intérêts des actionnaires, une protection directe susceptible d'être mise en œuvre par leurs Etats nationaux : cette protection, précisément, qui est refusée par le droit international »²⁸⁹.

2.89. Une partie importante de la doctrine adopte une position similaire. Le professeur Jimenez de Arechaga conclut ainsi son étude de la question de la protection diplomatique des actionnaires de la façon suivante :

« These rules of international law concerning claims —their espousal by states, the condition of continuing nationality, the requirement of violation of rights as a basis for valid action— have often been criticized as illogical and conducive to injustice and unpredictability in their practical application.

Such a criticism misses the point. A perfect protection of aliens or of foreign investments is not the aim nor the *ratio legis* of these rules of international law. The interests comprehended and protected by such rules are not those of individuals but of states in the maintenance of a balanced system which, on one side, affords an admittedly limited degree of protection to foreign interests and, on the other, respects the sovereignty and domestic jurisdiction of the territorial state.

The existing rules represent the essential conditions, historically developed, on which the territorial state is prepared to accept claims presented by another state on behalf of persons residing or having interests in it. They constitute a *modus vivendi*, a well-balanced compromise, gradually and peacefully evolved and accepted both by states interested in extending the scope of diplomatic protection and states interested in restricting it. Naturally states are free to agree with like-minded states on any correctives or improvements which might, among themselves, do away with the particular inconveniences or hardships resulting from the rules, as through agreements for the international protection of human rights »²⁹⁰.

Dans le même sens, on peut encore citer le professeur Ian Brownlie qui, évoquant la prétendue exception à l'impossibilité pour l'Etat national des actionnaires d'exercer sa protection diplomatique en l'absence d'atteinte aux droits propres de ces actionnaires en tant que tels, remarque que

²⁸⁹ C.I.J., *Recueil 1970*, pp. 240-241, par. 12.

²⁹⁰ Jimenez de ARECHAGA, « International Responsibility », *op.cit.*, p. 581.

« the exception, if it exists, is anomalous 'since it ignores the traditional rule that a State is not guilty of a breach of international law for injuring one of its own nationals' [Jessup, p. 192]. It is arbitrary to allow the shareholders to emerge from the carapace of the corporation in this situation but not in others. If one accepts the general considerations of policy advanced by the Court then this alleged exception to this rule is disqualified »²⁹¹.

b) La possibilité d'une protection de l'Etat national des actionnaires lorsque la société possède la nationalité de l'Etat défendeur est considérée comme inéquitable dans plusieurs décisions arbitrales

2.90. L'analyse d'une jurisprudence ancienne, constituée de jugements fondés sur l'équité et la justice, confirme que la protection par l'Etat national des actionnaires à l'encontre de l'Etat national de la société n'a jamais été acceptée comme reflétant un « sentiment sûr et spontané du juste ». L'affaire *Baasch & Römer* peut certainement être citée à cet égard. La Commission mixte, jugeant, selon les termes du compromis, « according to justice »²⁹², y rejette une plainte d'actionnaires hollandais d'une société vénézuélienne dont les biens avaient été détruits sur la base des considérations suivantes :

« It is not necessary to consider this claim further than to accede to the position taken by the learned agent of the respondent Government. It is a Venezuelan corporation created and existing under and by virtue of Venezuelan law and has its domicile in Venezuela. This Mixed Commission has no jurisdiction over the claim. It is the corporation whose property was injured. It may have a rightful claim before Venezuelan courts, but it has no standing here. The shareholders being Dutch does not affect the question. The nationality of the corporation is the sole matter to be considered. This claim is therefore dismissed without prejudice »²⁹³.

La même commission se prononce dans le même sens et pour les mêmes raisons dans l'affaire *Jacob M. Henriquez* :

« Both the learned agent for the respondent Government and the honorable commissioners thereof assert as lawyers, and the latter with the added responsibility of his oath as such commissioner, that this association, or partnership, or mercantile establishment, by whatever name it may be called, was in fact and law, by virtue of the Venezuelan code governing such associations and establishments, of Venezuelan origin and domicile ; that it is therefore not a Dutch citizen or subject, but

²⁹¹ I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 5th ed., *op.cit.*, p. 495.

²⁹² Article I du Protocole du 28 février 1903, *R.S.A.*, vol. X, p. 709.

²⁹³ *R.S.A.*, vol. X, p. 726.

Venezuelan, and hence this Commission has no jurisdiction over it or any claim which it may present of which may be presented for it »²⁹⁴.

Dans les deux cas, la Commission a refusé d'admettre la recevabilité de la plainte des actionnaires à l'encontre de mesures qui visaient une société possédant la nationalité de l'Etat défendeur. Le compromis qui fondait sa compétence, en lui permettant de juger « according to justice », aurait théoriquement pu autoriser cette juridiction à accepter ce type de plainte au nom de considérations d'équité. Il n'en a rien été, et ces précédents confirment que, dans son principe, la possibilité de protéger les actionnaires étrangers en cas de mesures dirigées contre une société possédant la nationalité de l'Etat défendeur, si elle a pu parfois convaincre certains juges ou auteurs en particulier, est loin d'être universellement admise. Cette possibilité ne peut, de ce fait, être considérée comme une solution équitable justifiant de contourner ou d'aller au-delà du droit positif existant.

2. L'application de la solution préconisée par la République de Guinée mènerait, en l'espèce, à un résultat inéquitable

2.91. La République démocratique du Congo montrera à présent que, à supposer même que l'on accepte que, dans son principe, une protection de l'actionnaire par son Etat national se justifie, l'application de ce principe au cas de M. Diallo se révélerait fondamentalement inéquitable.

2.92. Dans la partie de son mémoire supposée justifier la protection de M. Diallo par substitution des deux sociétés dont il est actionnaire, l'Etat demandeur ne croit visiblement pas opportun d'analyser en profondeur les circonstances de la cause pour montrer que la solution prônée serait bel et bien équitable dans le cas d'espèce. En réalité, après avoir formulé des affirmations générales qui ne sont pas mises en application dans la présente affaire, la République de Guinée se contente, en tout et pour tout, des quelques lignes exposant la motivation suivante :

« En la présente occurrence, les faits de l'espèce, c'est-à-dire la nationalité respective des sociétés et des actionnaires, et l'existence de faits internationalement illicites ayant causé un grave préjudice à la société, doivent de même conduire —indépendamment du fondement tiré d'une violation des droits propres des actionnaires, qui ont au cas

²⁹⁴ R.S.A., vol. X, p. 727.

précis également été violés— à considérer comme recevable la réclamation de la Guinée dans cette affaire »²⁹⁵.

2.93. La République démocratique du Congo ne peut que s'étonner de la concision de cette motivation d'autant que, à l'analyse, il s'agit moins d'une motivation que d'une pétition de principe. L'Etat demandeur n'explique absolument pas pourquoi, en l'espèce, la protection de son ressortissant se justifierait pour des raisons d'équité tellement impérieuses qu'elles devraient amener la Cour à contourner le droit positif existant en faisant prévaloir un principe qui a toujours été très controversé. La République de Guinée semble considérer que, dans tous les cas où un actionnaire s'estime lésé par des actes dirigés contre une société possédant la nationalité de l'Etat auteur de ces actes, un recours par substitution se justifierait. L'affirmation ne serait guère conforme au concept même d'équité qui, comme on le sait, ne se conçoit que par rapport à un cas particulier²⁹⁶.

2.94. Sans doute la partie guinéenne sera-t-elle amenée à se justifier ultérieurement sur ce point. A ce stade du débat, la République démocratique du Congo réfutera certains arguments qui peuvent être dégagés d'une lecture de l'ensemble du mémoire. En somme, le schéma qui se dégage implicitement des écritures guinéennes est le suivant :

- l'équité permettrait à la République de Guinée de mettre œuvre une « protection par substitution » non en raison d'une lésion de ses droits, mais pour des motifs somme toute désintéressés ;
- la personnalité particulièrement droite et intègre de M. Diallo, sur laquelle insiste l'Etat demandeur à plusieurs reprises, justifierait tout particulièrement semblable protection ;
- enfin, et ceci est encore un élément décisif, la protection équitable se justifierait « en dernier recours », M. Diallo étant privé de tout autre moyen de faire valoir ses droits.

Aucun de ces trois arguments ne résiste pourtant à l'analyse.

²⁹⁵ MRG, p. 96, par. 4.59.

²⁹⁶ C.I.J., Affaire de l'Interprétation de l'accord entre l'O.M.S. et l'Egypte, Rec. 1980, p. 96 ; Affaire du Plateau continental (Tunisie/Libye), Rec. 1982, p. 60, par. 72.

a) La mise en œuvre de la « protection équitable par substitution » mènerait à un régime de protection discriminatoire

2.95. Le premier argument que l'on peut déduire des écritures guinéennes pose un problème de principe. Que se passerait-il si, demain, on admettait que, alors même qu'aucun de ses droits n'a été atteint —car, encore une fois, il suffit d'utiliser le droit international positif existant dans l'hypothèse inverse—, un Etat puisse protéger ses ressortissants actionnaires d'une société qui ne possède pas sa nationalité ? Indéniablement, on aboutirait à un système où :

- premièrement, dans un Etat donné, les étrangers bénéficieraient de plus de protection que les nationaux,
- deuxièmement, et plus généralement, certains étrangers bénéficieraient de davantage de protection que d'autres étrangers, certains Etats étant inévitablement plus désireux ou plus capables de développer une politique de protection active, et
- troisièmement, entre les étrangers ressortissants d'un même Etat, ceux qui entretiennent de meilleures relations avec les autorités de leur Etat seraient avantagés par rapport aux autres.

En ce qui concerne M. Diallo, ce sont surtout les premier et troisième de ces éléments qui posent question mais, en tout état de cause, il est indéniable que le système de « protection par substitution » défendu par la République de Guinée mènerait à trois types de différences de traitement particulièrement injustifiées.

2.96. Tant qu'on demeure dans le cadre de la protection diplomatique telle qu'elle existe en droit positif, la logique de l'institution permet de considérer que ces différences de traitement ne sont nullement arbitraires. L'Etat qui met en œuvre la protection diplomatique dispose, en effet, d'une compétence discrétionnaire qui découle de la circonstance que, ce faisant, il ne protège en réalité que ses droits propres. Et l'on peut difficilement critiquer le fait pour un Etat de défendre ses propres droits dans un cas, tout en refusant, pour des raisons de haute politique qui relèvent de sa souveraineté, de le faire dans d'autres. Mais, par hypothèse, la protection par substitution envisagée au titre de l'équité ne peut logiquement être expliquée

par la compétence discrétionnaire de l'Etat de protéger ses droits. En l'occurrence, l'Etat prétend agir de manière désintéressée, pour protéger une personne dont les droits propres n'ont pas été lésés, en raison du caractère moralement choquant de la situation. Mais, dans ces circonstances, l'application différenciée de la protection en fonction de la nationalité de la personne protégée ne se justifie nullement, pas plus que ne se justifie la préférence donnée à certains étrangers plutôt qu'à d'autres.

2.97. Les conséquences entraînées par la solution proposée par l'Etat demandeur sont donc profondément inéquitables. Comme la Cour l'a signalé,

« Bien que l'équité n'implique pas nécessairement l'égalité (*Plateau continental de la Mer du Nord*, C.I.J., *Rec. 1969*, p. 49, par. 91), il reste qu'en l'absence de circonstances spéciales c'est en général celle-ci qui traduit le mieux celle-là »²⁹⁷.

En l'espèce, tous les actionnaires de sociétés congolaises qui, par hypothèse, auraient été les victimes indirectes d'atteintes aux droits de leur société, ne sont pas placés dans des conditions d'égalité. Certains, comme M. Diallo, peuvent bénéficier de la protection de leur Etat national en raison de leur qualité d'étranger et des bonnes relations qu'ils entretiennent avec leurs autorités nationales. D'autres ne bénéficieront pas de cette protection par substitution, et resteront tout simplement soumis au droit commun. On se trouve bien devant une différenciation manquant de « base objective et raisonnable » c'est-à-dire, juridiquement, devant une discrimination²⁹⁸.

b) La prise en compte du comportement de M. Diallo doit conduire à qualifier d'inéquitable la « protection par substitution »

2.98. Tout l'argument de la « protection équitable par substitution » repose sur la compassion que devrait inspirer la situation de l'actionnaire étranger prétendument victime de mesures étatiques arbitraires. La République démocratique du Congo a pourtant déjà démontré que, en dépit de l'image presque idyllique que tente de projeter l'Etat demandeur²⁹⁹, la personnalité de M. Diallo et le comportement qu'il a adopté depuis le début de cette affaire sont loin d'être irréprochables. Au vu de ce qui a été exposé plus haut, il est clair que M. Diallo a émis des revendications arbitraires et intempestives, qui ont culminé dans des

²⁹⁷ C.I.J., *Affaire du Différend frontalier*, *Recueil 1986*, p. 633, par. 150.

²⁹⁸ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op.cit.*, v° discrimination, sens B, p. 344.

prétentions financières totalisant plus de trente milliards de dollars américains, soit près du triple de la dette extérieure de l'ensemble de la République démocratique du Congo. Ce sont d'ailleurs ces activités frauduleuses et attentatoires à l'ordre public qui ont motivé son éloignement du territoire zaïrois, sur décision des autorités compétentes, en janvier 1996.

2.99. Les particularités de la présente espèce semblent plutôt renvoyer à la théorie des « mains propres » (« clean hands »), qui a été exposée de la façon suivante par une partie de la doctrine :

« La personne physique ou juridique étrangère doit avoir eu une conduite correcte envers l'Etat territorial, s'en tenant à ses lois et ne se mêlant pas de ses affaires politiques internes pour pouvoir se réclamer de la protection diplomatique de son propre Etat [...].

Un Etat ne peut pas présenter une réclamation en faveur d'une personne physique ou juridique —qu'il a le droit de protéger diplomatiquement face à un autre Etat— si cette personne n'a pas observé une conduite correcte envers cet autre Etat»³⁰⁰.

Dans son étude de référence, le professeur Wittenberg considère que l'on est alors en présence d'une cause d'irrecevabilité d'une requête, et ce sur la base du fait que

« bien des fois, la jurisprudence internationale s'est prononcée en ce sens, soit que l'étranger eût commis un délit, soit qu'il eût voulu jouer dans la vie politique du pays un rôle incompatible avec sa qualité d'étranger [...]. En ce cas, l'étranger s'expose à toutes mesures par lesquelles l'Etat entend maintenir l'ordre, telles que l'incarcération des coupables ou même des suspects, les condamnations répressives, l'expulsion »³⁰¹.

La théorie des « mains propres » est ainsi considérée par une bonne partie de la doctrine, ancienne comme actuelle, comme une cause d'irrecevabilité d'une réclamation en protection diplomatique³⁰². La République de Guinée semble d'ailleurs elle aussi abonder en ce sens puisque, dans sa requête, elle affirme expressément que, pour pouvoir bénéficier de la protection diplomatique, « l'individu protégé doit avoir les 'mains propres' [...] »³⁰³.

²⁹⁹ V. p. ex. MRG, pp. 11-12, par. 2.6.

³⁰⁰ L. GARCIA-ARIAS, « La doctrine des 'clean hands' en droit international public », *Annuaire des anciens Auditeurs de l'Académie de droit international*, 1960, vol. 30, pp. 14-22.

³⁰¹ J.C. WITTENBERG, « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », *R.C.A.D.I.*, 1932, II, vol. 41, p. 64.

³⁰² Voy. p. ex. M. BORCHARD, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, *op.cit.*, pp. 713 et ss. ; L. CAVARE, *Le droit international public positif*, 2^{ème} ed., Paris, Pedone, 1961, p. 264 ; P.M. DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz, p. 454, n°478 et, semble-t-il, D. ALLAND, *Droit international public*, *op.cit.*, pp. 416-417.

³⁰³ Requête de la République de Guinée, *op.cit.*, p. 32.

2.100. La République démocratique du Congo considère au contraire, avec une autre partie de la doctrine, que tel n'est pas l'état du droit international positif actuel³⁰⁴. Cela ne signifie pas pour autant que celui-ci ne tire aucune conséquence de la conduite incorrecte d'un étranger qui prétend ensuite pouvoir bénéficier de la protection diplomatique. Il doit *a fortiori* en être ainsi si la Cour en vient à fonder son jugement sur des considérations d'équité, comme la République de Guinée lui demande de le faire. Dans ce cas, il va de soi que la conduite de M. Diallo ne peut rester sans conséquence, et constitue indéniablement une circonstance pertinente en vue de l'évaluation du caractère équitable de la solution proposée.

2.101. La conduite incorrecte de M. Diallo constitue ainsi une raison de plus pour écarter comme inéquitable la tentative de l'Etat demandeur de protéger une personne dont, non seulement, les droits propres n'ont pas été violés mais, en outre, le comportement s'est révélé profondément abusif et incorrect.

c) Le refus de M. Diallo d'épuiser toutes les voies de recours disponibles en République démocratique du Congo rendrait en tout état de cause inéquitable une protection par substitution

2.102. Tout l'argument de la nécessité de reconnaître une « protection équitable par substitution » repose sur la circonstance que l'actionnaire concerné n'aurait à sa disposition plus aucun recours pour faire valoir ses droits. On sera bien en mal de trouver un auteur qui ne subordonne pas cette forme exceptionnelle de protection à l'épuisement de tous les recours internes disponibles au sein de l'Etat où les faits internationalement illicites en cause sont censés avoir été commis³⁰⁵.

2.103. La République démocratique du Congo démontrera cependant, dans le cadre de la seconde exception d'irrecevabilité qui sera développée ci-dessous, que M. Diallo est très loin d'avoir épuisé tous les recours qui étaient à sa disposition.

³⁰⁴ J. SALMON, « Des 'mains propres' comme condition de recevabilité des réclamations internationales », *A.F.D.I.*, 1964, pp. 225-266.

³⁰⁵ Voy. p. ex. l'affirmation très nette en ce sens de P. de VISSCHER, « La protection diplomatique des personnes morales », *op.cit.*, p. 474.

2.104. Dans ces conditions, il va de soi que l'argument de l'équité perd toute signification. Personne n'a jamais prétendu qu'il était équitable d'admettre une réclamation en protection diplomatique alors que, non seulement les droits de la personne protégée n'ont pas été lésés, mais encore cette personne n'a pas épuisé les voies de règlement qui lui étaient offertes sur le territoire de l'Etat défendeur.

2.105. En définitive, l'argument de l'équité, tel qu'il est formulé par l'Etat demandeur, ne peut être retenu pour plusieurs raisons concordantes :

- d'abord, parce que, ne jouant par hypothèse qu'en l'absence d'une lésion des droits propres de M. Diallo en tant qu'actionnaire, cet argument supposerait d'aller au-delà de ce que prévoit le droit international positif, ce qui ne relève pas de la mission de la Cour ;
- ensuite, parce que, en tout état de cause, le contournement du droit positif ne pourrait être envisagé que si la solution préconisée était universellement considérée comme équitable, ce qui est loin d'être le cas d'une protection par substitution de la société concernée ;
- enfin, en raison des conséquences concrètes qu'entraînerait la mise en œuvre de la solution préconisée par la République de Guinée, qu'il s'agisse d'un régime discriminatoire de protection, d'un endossement de réclamation d'une personne dont le comportement vis-à-vis de l'Etat congolais et de ses partenaires commerciaux est loin d'être resté correct, et qui n'a pas épuisé —ni même parfois entamé— les procédures judiciaires de règlement des différends qui étaient à sa disposition au sein de l'ordre juridique interne de la République démocratique du Congo.

Conclusion du chapitre II

2.106. La République démocratique du Congo a démontré que la République de Guinée n'avait pas qualité pour agir dans la présente espèce. L'objet essentiel de la requête introduite par l'Etat demandeur est d'obtenir réparation pour la violation des droits de deux personnes qui ne possèdent pas sa nationalité, les sociétés congolaises Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre. La circonstance que le dirigeant de ces deux sociétés, M. Diallo, ait vu ses intérêts touchés par les mesures incriminées, n'est pas de nature à rendre la requête recevable. En réalité, et même si certains aspects des deux affaires sont évidemment très différents, la République de Guinée reprend aujourd'hui l'essentiel de l'argumentation avancée par la Belgique dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, argumentation très clairement écartée par la Cour dans son arrêt de 1970. A cet égard, la conception large et extensive des « droits propres des actionnaires en tant que tels » qui se dégage du mémoire guinéen ne saurait être retenue, dans la mesure où elle aboutit à opérer une confusion complète entre les personnalités et les patrimoines de la société et de l'actionnaire. L'Etat demandeur, ne pouvant prétendre que ses droits ont été violés, ne peut utilement invoquer des considérations d'équité pour contourner l'état du droit international positif existant, que la Cour est chargée d'appliquer conformément à son Statut. A titre subsidiaire, à supposer même que la Cour accepte de prendre en compte les considérations d'équité *contra legem* comme le lui demande la République de Guinée, celle-ci est très loin d'avoir démontré qu'une protection « par substitution » se justifierait en l'espèce, pour toutes les raisons qui viennent d'être exposées. La requête guinéenne est donc manifestement irrecevable d'autant que, comme la République démocratique du Congo le démontrera dans le chapitre suivant, la condition de l'épuisement préalable des voies de recours internes n'est pas remplie en l'espèce.

CHAPITRE III. L'IRRECEVABILITE DE LA REQUETE, À DÉFAUT D'ÉPUISEMENT DES VOIES DE RECOURS INTERNES

3.01. Dans la mesure où elle s'inscrit dans le cadre de l'institution de la protection diplomatique, la requête de la République de Guinée doit, outre l'exigence de la nationalité de la réclamation, satisfaire une autre condition classique dans ce domaine : celle de l'épuisement des voies de recours internes. Selon un *dictum* classique de la Cour,

« [l]a règle selon laquelle les recours internes doivent être épuisés avant qu'une procédure internationale puisse être engagée est une règle bien établie du droit international coutumier ; elle a été généralement observée dans les cas où un Etat prend fait et cause pour son ressortissant dont les droits auraient été lésés dans un autre Etat en violation du droit international. Avant de recourir à la juridiction internationale, il a été considéré en pareil cas nécessaire que l'Etat où la lésion a été commise puisse y remédier par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne »³⁰⁶.

L'enracinement de la règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le droit international contemporain est pleinement confirmé par les travaux les plus récents de la Commission du droit international. La règle se voit ainsi réaffirmée tant dans les articles sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite, dont l'Assemblée générale a pris note dans sa résolution du 12 décembre 2001³⁰⁷, que dans le projet d'articles sur la protection diplomatique, où d'importants développements lui sont naturellement consacrés³⁰⁸.

3.02. L'applicabilité de la règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le cadre de la présente affaire n'est nullement remise en cause par la République de Guinée, dans son principe tout au moins³⁰⁹. Dans l'argumentation qu'il développe sur ce point, l'Etat demandeur insiste plutôt sur le fait que l'épuisement des voies de recours internes ne saurait être considéré comme une règle absolue, et sur le fait que plusieurs des conditions que les recours internes à un Etat doivent présenter pour donner lieu à l'application de la règle ne sont pas réunies en l'espèce. La République de Guinée estime ainsi que M. Diallo s'est trouvé dans l'impossibilité matérielle de mettre en œuvre l'ensemble des recours internes institués par le droit congolais, et qu'en tout état de cause, ces recours devaient être considérés comme

³⁰⁶ C.I.J., Affaire de l'*Interhandel*, arrêt du 21 mars 1959, *Rec. 1959*, p. 27.

³⁰⁷ Résolution 56/83, article 44.

³⁰⁸ Voy. les articles 10 et suivants du projet ; voy. également le rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 53^{ème} session, doc. A/56/10, paras. 185 et s.

³⁰⁹ MRG, par. 4.60.

inefficaces car ils n'auraient pas permis à M. Diallo d'assurer de façon effective la protection de ses droits³¹⁰.

3.03. La République démocratique du Congo n'entend aucunement remettre en cause le fait que la règle de l'épuisement des voies de recours internes doit être interprétée au regard de la pratique internationale, comme de la jurisprudence, qui ont depuis longtemps admis que les voies de recours existant dans l'ordre juridique interne d'un Etat devaient répondre à certaines conditions pour que leur épuisement soit requis. Plus précisément, l'épuisement des voies de recours internes suppose que l'existence de mécanismes de recours dans l'ordre juridique de l'Etat concerné soit avérée, ainsi qu'au fait que ces recours soient accessibles et efficaces³¹¹. La divergence entre la République démocratique du Congo et la République de Guinée porte donc, non sur le principe selon lequel les voies de recours offertes par un Etat doivent répondre à ces conditions pour devoir être épuisées, mais sur le fait qu'*in concreto*, les voies de recours existant dans l'ordre juridique zaïrois, puis congolais, aient effectivement rencontré ces exigences.

3.04. Il convient toutefois d'observer à ce sujet que la conformité de procédures et mécanismes de recours institués dans l'ordre juridique d'un Etat à ces conditions ne saurait être contestée à la légère. La règle elle-même est en effet fondée sur la présomption selon laquelle l'ordre juridique interne de l'Etat dont le comportement est contesté est susceptible d'offrir au particulier qui aurait été victime de faits illicites de la part de cet Etat la possibilité d'assurer de façon efficace la préservation de ses droits³¹². Or, cette présomption entraîne des conséquences particulières en matière de charge de la preuve. Comme l'ont écrit d'éminents auteurs contemporains,

« L'existence d'une présomption [selon laquelle les voies de recours internes d'un Etat permettront au particulier qui se prétend lésé d'assurer la protection de ses droits] explique que ce soit au particulier de supporter l'essentiel de la charge de la preuve ; il devra démontrer qu'il a bien tenté d'utiliser efficacement toutes les procédures internes théoriquement disponibles »³¹³.

³¹⁰ MRG, paras 4.70 à 4.81.

³¹¹ Voy. e.a. C.F. AMERASINGHE, *Local Remedies in International Law*, Cambridge, Grotius, 1990, chapitres VII et VIII ; I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 5^{ème} éd., Oxford, O.U.P., 1998, p. 499 ; R. JENNINGS, A. WATTS (Eds.), *Oppenheim's International Law*, 9^{ème} éd., Longman, 1992, p. 525, § 153.

³¹² Voy. e.a. Edwin M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, Banks Law Publishing, 1928, pp. 817, par. 381.

³¹³ Alain PELLET et Patrick DAILLIER (NGUYEN QUOC DINH), *Droit international public*, 6^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 1999, p. 776, n° 490.

Si l'on suit ces auteurs, c'est donc à la République de Guinée à apporter la preuve que son ressortissant aurait épuisé les recours internes en République démocratique du Congo. La République de Guinée semble d'ailleurs abonder en ce sens, en se déclarant « consciente qu'il lui appartient de prouver que son national a respecté le principe de l'épuisement des voies de recours internes »³¹⁴. En réalité, le droit international opère un partage de la charge de la preuve entre l'Etat demandeur et l'Etat défendeur. Il revient à l'Etat défendeur d'établir l'existence même, au sein de son ordre juridique, de voies de recours susceptibles d'être utilisées en l'espèce, alors que c'est au premier chef sur l'Etat demandeur que pèse la charge d'établir que ces recours ne répondent pas aux conditions posées par le droit international pour que leur épuisement s'impose, préalablement à tout endossement, par cet Etat, de la réclamation de l'un de ses ressortissants³¹⁵.

3.05. C'est en application de cette répartition des tâches que la République démocratique du Congo montrera, dans un premier temps, que des voies de recours qui permettaient à M. Diallo d'assurer la préservation de ses droits existaient au sein de l'ordre juridique zaïrois, puis congolais (section 1). En ce qui la concerne, la République de Guinée n'a, par contre, pas été en mesure d'établir que ces voies de recours étaient, et sont en tout temps demeurées inaccessibles à M. Diallo (section 2), ni que ces recours et mécanismes étaient, ou sont encore, inefficaces (section 3). Dans les pages qui suivent, la République démocratique du Congo montrera au contraire que ces voies de recours correspondaient bien à la définition qu'en propose l'Etat demandeur lui-même, lorsqu'il précise que l'expression recouvre « toute voie de droit susceptible d'aboutir à un résultat satisfaisant au regard de l'objet de la requête internationale »³¹⁶.

3.06. Une précision d'ordre méthodologique s'impose encore à ce stade. Les litiges qui ont opposé, d'une part, les sociétés Africom-Zaïre, Africontainers-Zaïre et, d'autre part, les partenaires commerciaux de ces sociétés et l'Etat congolais, ne peuvent tous s'analyser de la même façon lorsqu'il s'agit de les étudier au regard de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Ces différents litiges présentent, de fait, des profils assez différents en la matière. Pour un certain nombre d'entre eux, les sociétés dirigées par M. Diallo ont intenté des actions en justice dont le déroulement a été relaté dans le premier chapitre des présentes

³¹⁴ MRG, p. 97, par. 4.60.

³¹⁵ Voy. à cet égard la règle formulée dans le projet d'article 15 du projet d'articles sur la protection diplomatique, proposé par le Rapporteur spécial John DUGARD dans son troisième rapport, 2002.

écritures. C'est le cas des litiges qui ont opposé Africontainers-Zaïre et Africom-Zaïre, respectivement, aux sociétés Shell et Fina, ainsi qu'à la firme PLZ³¹⁷. Dans de nombreux autres cas, le dossier montre qu'aucune procédure en justice n'a jamais été intentée, à quelque moment que ce soit, ni par les sociétés dont M. Diallo était le dirigeant, ni par ce dernier en son nom propre. Ces différences de situations seront rappelées, chaque fois qu'il sera nécessaire, dans les pages qui suivent.

³¹⁶ Voy. la définition reprise dans le Mémoire de la République de Guinée, par. 4.66, et la référence, note 260.

³¹⁷ *Supra*, par. 1.30 – 1.36 (Fina), 1.37 – 1.44 (Shell), et 1.48 – 1.52 (PLZ)

Section 1. Il existait et il continue à exister, au sein de l'ordre juridique zaïrois, puis congolais, des voies de recours permettant aux sociétés Africontainers-Zaïre et Africom-Zaïre ainsi qu'à M. Diallo d'assurer la préservation de leurs droits

3.07. Dans son mémoire, la République de Guinée ne conteste pas à proprement parler le fait qu'il ait existé, dans l'ordre juridique du Zaïre, puis du Congo, des procédures et mécanismes de recours, judiciaires ou autres, qui auraient permis aux sociétés en cause ou à M. Diallo lui-même d'assurer la préservation de leurs droits. L'argument formulé par l'Etat demandeur à cet égard consiste plutôt à affirmer que les voies de recours existantes devaient soit être considérées comme inefficaces, en ce qu'elles n'auraient pas permis à M. Diallo ou aux sociétés dont il assurait la direction d'obtenir gain de cause, soit n'étaient pas accessibles dans la réalité des faits, à tout le moins à partir du moment où M. Diallo a fait l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire zaïrois.

3.08. Ces arguments seront traités de façon détaillée dans la suite des présentes écritures. Mais la République démocratique du Congo entend toutefois lever dès maintenant toute ambiguïté quant à la question de l'existence même, au sein de l'ordre juridique zaïrois, puis congolais, de procédures et de mécanismes de recours qui auraient permis aux sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre d'assurer la préservation de leurs droits.

3.09. Les faits eux-mêmes montrent, au-delà de tout doute possible, que des mécanismes de ce type existaient bel et bien, et continuent à exister en République démocratique du Congo. Cette existence est avérée de façon particulièrement évidente dans le cas des trois litiges qui ont été soumis aux tribunaux ordinaires de l'ordre judiciaire zaïrois. Dans le cadre des contentieux qui les ont opposés, respectivement, aux compagnies Shell, Fina et PLZ, Africontainers-Zaïre et Africom-Zaïre ont été en mesure de recourir aux tribunaux zaïrois, qui leur ont, de plus, donné à chaque fois gain de cause en première instance. Les détails de ces instances ont déjà été exposés dans le chapitre premier des présentes écritures, et seront dans une certaine mesure repris et analysés lorsque la République démocratique du Congo contestera les accusations guinéennes relatives au caractère prétendument inefficace des recours en cause³¹⁸. Pour ce qui concerne la question de l'existence même de recours, seule

³¹⁸ Pour plus de détails sur ce point, voy. *infra*, par. 3.43 et ss.

abordée à ce stade, ces trois procédures judiciaires montrent à suffisance que de telles voies de recours existaient bel et bien au sein de l'ordre juridique zaïrois.

3.10. Même si ceci requerra une démonstration plus élaborée, l'existence de recours similaires est tout aussi établie pour ce qui est des autres litiges dans lesquels étaient impliquées les sociétés Africontainers-Zaïre et Africom-Zaïre. La République démocratique du Congo l'établira successivement pour ce qui concerne les litiges ayant opposé ces dernières aux sociétés privées (A), aux entreprises d'Etat (B) et à l'Etat zaïrois lui-même (C). Dans tous ces cas, comme la République démocratique du Congo l'a déjà rappelé, M. Diallo n'a, que ce soit au nom des sociétés dont il assurait la direction ou en son nom propre, même pas cherché à mettre en œuvre toutes les procédures judiciaires disponibles. Ces procédures existaient pourtant bel et bien, et la République de Guinée ne saurait prétendre le contraire pour excuser le comportement négligent de son ressortissant à cet égard.

A. Des voies de recours étaient disponibles à l'encontre des sociétés privées

3.11. L'existence de voies de recours à l'encontre de la compagnie Mobil Oil constitue une évidence. Cette société ne dispose évidemment pas d'un statut différent de ses homologues Shell et Fina, et aurait donc parfaitement pu être atraite, comme ces dernières, devant une juridiction ordinaire de Kinshasa. Aucun obstacle tiré des particularités de l'ordre judiciaire zaïrois puis congolais n'est donc susceptible d'expliquer la décision d'Africontainers-Zaïre de ne pas recourir aux moyens judiciaires ordinaires en vue de régler son litige avec la société Mobil.

B. Des voies de recours étaient disponibles à l'encontre des entreprises publiques

3.12. La situation n'est pas différente en ce qui concerne les deux entreprises publiques — la GÉCAMINES et l'ONATRA — dont les agissements auraient lésé Africontainers-Zaïre. Cette conclusion s'impose à la fois au regard de la législation existante et en raison de l'existence de précédents concrets.

3.13. En ce qui concerne la législation existante, il importe de relever que la GÉCAMINES et l'ONATRA sont des entreprises publiques de l'Etat congolais, régies par la loi n° 78-002 du 6 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux entreprises publiques, telle

que modifiée et complétée à ce jour³¹⁹. En tant qu'entreprises publiques, ces deux entités sont dotées d'une personnalité juridique, d'un patrimoine et d'organes propres. Elles jouissent d'une autonomie de gestion, sous la tutelle des autorités gouvernementales. Elles peuvent ester en justice en demande comme en défense devant les tribunaux ordinaires de l'ordre judiciaire, où elles ne jouissent d'aucune immunité de juridiction, ni d'exécution³²⁰. La République de Guinée ne pourrait donc prétendre que ces entreprises étaient par principe soustraites à la possibilité de recours pour justifier la passivité des sociétés Africom et Africontainers.

3.14. Des éléments tirés de la pratique confirment d'ailleurs qu'il est parfaitement possible, pour tout créancier de l'une ou de l'autre de ces entreprises publiques, de les attirer en justice devant les juridictions ordinaires congolaises. De nombreuses procédures judiciaires ont ainsi été intentées, dans un passé récent, à l'encontre de la GÉCAMINES comme de l'ONATRA. A titre d'exemples, l'on peut mentionner les affaires suivantes :

- *SORETAC c. GÉCAMINES* (jugement du Tribunal de grande instance de Kinshasa-Gombe, 9 mai 1994, RC 62.342, et Cour d'appel de Kinshasa)³²¹ ;
- *MUSUNGALE KABAMBA c. ONATRA* (arrêt de la Cour d'appel de Kinshasa-Gombe, 30 octobre 1997, RCA 13.459/13.650)³²² ;
- *KIYOKO BOTAKA c. ONATRA* (arrêt de la Cour d'appel de Matadi, 7 avril 1999, RCA 1804)³²³ ;
- *BOKUNGU WANKOTA c. ONATRA* (arrêt de la Cour d'appel de Kinshasa-Gombe, 22 avril 1999, RCA 20.044)³²⁴.

3.15. Dans tous les cas, il s'agissait pour les plaignants d'obtenir le recouvrement de créances commerciales que les deux entreprises restaient en défaut d'apurer. Il est donc indéniable que des voies de recours existaient, dans l'ordre juridique congolais, qui

³¹⁹ Voy. les annexes 10 et 33, EPRDC.

³²⁰ Voy. les articles 2, 3 et 9 de la loi de 1978, *ibid.*

³²¹ Annexe 11, EPRDC.

³²² Annexe 38, EPRDC.

³²³ Annexe 36, EPRDC.

permettaient de mettre en cause la responsabilité de sociétés d'Etat telles que la GÉCAMINES ou l'ONATRA, entre autres à raison de l'inexécution par ces sociétés d'obligations contractuelles qui les liaient à des partenaires privés.

C. Des voies de recours étaient disponibles à l'encontre de l'Etat zaïrois

3.16. L'existence de voies de recours à l'encontre de l'Etat zaïrois, à l'égard duquel la société Africom-Zaïre demeurait titulaire d'une créance impayée, est tout aussi clairement établie. Ici encore, la possibilité de mettre en œuvre la responsabilité de l'Etat congolais devant les tribunaux internes à raison de faits de ce type est confirmée au regard tant de la législation existante que d'éléments tirés de la pratique récente.

3.17. En ce qui concerne la législation existante, il convient de se référer au code judiciaire congolais, qui dispose de manière générale, en son article premier, que « [t]oute personne qui veut en assigner une autre fournit au greffier de la juridiction où la demande sera portée, tous les éléments nécessaires à la rédaction de l'assignation... » et, de façon plus précise, en son article 8, que

« [s]ont assignés : 1°) la République du Zaïre, en la personne ou dans les bureaux du Président de la République ou du Gouverneur de la Région (Province) où siège le Tribunal qui doit connaître de l'affaire »³²⁵.

La loi zaïroise (puis congolaise) offre donc explicitement des possibilités de recours à l'encontre des autorités publiques. Aucune particularité de la législation locale n'est donc susceptible d'accréditer la thèse de l'inexistence de recours.

3.18. La pratique récente confirme au demeurant que ces dispositions sont loin de posséder une portée seulement théorique. L'affaire *Abdoul Karim c. Etat congolais* est l'un des cas qui en attestent. Le requérant, un ressortissant libanais installé en République démocratique du Congo depuis de longues années, a assigné l'Etat congolais devant le Tribunal de grande instance de Kinshasa-Gombe en vue de récupérer une créance commerciale d'environ cinq millions de dollars américains. Le tribunal lui a donné raison³²⁶, ce qui a permis au demandeur d'obtenir la récupération de sa créance, qui trouvait en l'occurrence son origine

³²⁴ Annexe 34, EPRDC.

³²⁵ Annexe 1, EPRDC.

³²⁶ Voy. le jugement RC 72.792, 3 février 2000; Annexe 2, EPRDC.

dans les prestations fournies par le demandeur dans le cadre de la construction du siège de la police nationale à Kinshasa, en 1981.

3.19. Que ce soit à l'égard des sociétés pétrolières avec lesquelles la société Africontainers-Zaïre entretenait des relations commerciales, des entreprises d'Etat GÉCAMINES et ONATRA, ou de l'Etat zaïrois lui-même, il est donc manifeste qu'il existait, dans l'ordre juridique zaïrois, puis congolais, des voies de recours qu'il aurait été loisible à M. Diallo d'utiliser, au nom des sociétés dont il assurait la direction ou en son nom propre, pour mettre en cause la responsabilité de leurs partenaires commerciaux en raison de l'inexécution alléguée de certaines obligations contractuelles. De plus, comme la République démocratique du Congo le démontrera maintenant, ces recours étaient pleinement accessibles et auraient permis à M. Diallo et aux sociétés dont il assure la direction d'assurer de façon effective la préservation de leurs droits, même après que M. Diallo ait été conduit à quitter le territoire zaïrois.

Section 2. La République de Guinée ne démontre pas que les voies de recours existantes dans l'ordre juridique zaïrois puis congolais, étaient ou sont indisponibles ou inaccessibles.

3.20. Ainsi qu'on l'a indiqué plus haut, plutôt que de contester directement l'existence même, au sein de l'ordre juridique congolais, de recours qui auraient permis à M. Diallo et aux sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre d'assurer la défense de leurs droits, la République de Guinée a axé son argumentation sur deux ordres de critiques, en mettant en cause, d'une part l'accessibilité, et d'autre part l'efficacité de ces voies de recours. La seconde critique sera, pour rappel, traitée dans la section 3 du présent chapitre, la République démocratique du Congo réfutant la première dans les lignes qui suivent.

3.21. Comme elle l'a déjà indiqué, la République démocratique du Congo ne remet aucunement en cause le principe selon lequel seuls les recours qui sont effectivement disponibles —et, partant, accessibles au requérant— doivent être épuisés. Ce principe est solidement ancré dans l'ordre juridique international, et constitue une limite largement acceptée à la règle de l'épuisement des voies de recours internes³²⁷. Il apparaît pourtant très clairement que rien, dans les circonstances de la présente cause, ne permet de conclure à l'impossibilité, pour M. Diallo, de mettre en œuvre les mécanismes et procédures offerts par le droit zaïrois, qui lui auraient permis d'assurer la protection de ses droits.

3.22. La République de Guinée ne paraît pas contester la disponibilité, ou l'accessibilité, des voies de recours existant au sein de l'ordre juridique zaïrois pour ce qui concerne la période durant laquelle M. Diallo résidait de façon régulière en territoire zaïrois. C'est seulement au regard de la période qui a suivi l'éloignement de M. Diallo du territoire zaïrois que l'Etat demandeur développe cet argument. Cette prétention ne saurait toutefois être retenue, en raison de considérations qui reposent à la fois sur la manière dont la législation existante organise la représentation des justiciables devant les tribunaux et sur des éléments précis du dossier, qui montrent que l'absence de M. Diallo du territoire zaïrois n'a pas empêché la poursuite des procédures déjà entamées (A). D'autres éléments attestent du reste également de la possibilité matérielle, pour M. Diallo, d'organiser pareille représentation en justice (B).

³²⁷ C.F. AMERASINGHE, *Local Remedies in International Law*, *op.cit.*, p. 191 ; voy. aussi la règle formulée dans le projet d'article 14, f) du projet d'articles sur la protection diplomatique, proposé par le Rapporteur spécial John DUGARD dans son troisième rapport sur la protection diplomatique, 2002.

A. L'absence de M. Diallo du territoire zaïrois ne constituait pas un obstacle à la poursuite des procédures déjà entamées

3.23. Toute l'argumentation de la République de Guinée consiste à prétendre que, à partir du moment où il ne pouvait plus se rendre en territoire zaïrois, M. Diallo se voyait priver d'exercer son droit au recours devant les juridictions locales. Ainsi, si l'on en croit le mémoire de l'Etat demandeur,

« M. Diallo a exploré plusieurs voies de recours, tant judiciaires qu'administratives, au temps où il lui était encore permis de résider librement et en sécurité en R.D.C. avant que des circonstances particulières, en l'occurrence son expulsion brutale, excluent toute possibilité d'autre recours »³²⁸.

La République de Guinée insiste sur ce point, en évoquant une « impossibilité dans laquelle la R.D.C. a placé M. Diallo »³²⁹.

3.24. Cet argument ne saurait évidemment être retenu, tant il est manifeste que le déclenchement ou la poursuite de recours, judiciaires ou autres, ne requiert nullement la présence physique d'un individu sur le territoire national. Il suffit, pour opérer ce constat, de se référer au droit zaïrois ou de prendre en compte l'abondante pratique qui existe en ce domaine, y compris dans le cadre du présent dossier.

3.25. Le droit judiciaire zaïrois ne contient aucune disposition qui exige la présence du demandeur sur le territoire pour qu'une action judiciaire soit valablement poursuivie devant les cours et tribunaux. Le code de procédure civile de 1960 dispose à ce sujet que « les parties comparaissent en personne ou par un avocat porteur des pièces »³³⁰, et précise que

« [l]e mandat de représentation en justice comporte le droit de comparaître, de postuler et de conclure pour la partie, ainsi que de porter la parole en son nom »³³¹.

Rien ne s'opposait donc, en droit, à ce que M. Diallo mandate un ou plusieurs représentants pour participer aux procédures judiciaires engagées au nom des sociétés dont il était le dirigeant, ou encore pour mettre en mouvement de nouvelles procédures judiciaires dans le

³²⁸ MRG, par. 4.70.

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ Code de procédure civile du Congo, art. 14, al. 1^{er}.

³³¹ *Ibid.*, al. 3.

cadre d'autres litiges, et ce même après qu'il ait fait l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire zaïrois.

3.26. Il existe d'ailleurs une pratique abondante en ce sens, qui confirme que ces règles procédurales reçoivent une traduction effective dans les faits. La République démocratique du Congo ne reprendra pas à ce stade les nombreux exemples qui attestent de la possibilité de poursuivre des actions en justice à partir de l'étranger, par l'intermédiaire d'avocats ou de représentants *ad litem*. Il suffit de se pencher sur les éléments de fait des litiges opposant les sociétés dont M. Diallo assure la direction avec certains de leurs partenaires commerciaux pour se rendre compte du caractère erroné de l'argumentation guinéenne.

3.27. La République démocratique du Congo ne peut, à cet égard, que faire observer que les procédures judiciaires qui avaient été entamées en 1993 et en 1995 par Africontainers-Zaïre et Africom-Zaïre à l'encontre des sociétés Fina, Shell et PLZ ont continué à suivre leur cours depuis lors. L'état exact d'avancement de ces affaires sera précisé lorsque sera abordée la question de l'efficacité des recours. A ce stade, il suffit de mentionner que

- dans l'un de ces dossiers (l'affaire *Africontainers-Zaïre c. Shell*), une décision a été prononcée par la Cour d'appel de Kinshasa-Gombe plusieurs années après le départ de M. Diallo du territoire zaïrois, soit le 20 juin 2002³³² ;
- les deux autres instances (*Africom-Zaïre c. PLZ* et *Africontainers-Zaïre c. Fina*) restent à ce jour pendantes devant la Cour suprême de Justice, sur le rôle de laquelle elles figurent toujours³³³.

Il est donc manifeste que les procédures déjà mises en œuvre par M. Diallo pour le compte des sociétés dont il assure la direction n'ont pas été interrompues en raison de son éloignement du territoire national.

3.28. Certains éléments du dossier montrent, par ailleurs, que M. Diallo aurait été en mesure, y compris après qu'il eut été contraint de quitter le territoire zaïrois, non seulement de faire représenter les sociétés dont il assure la direction dans des procédures en cours, mais

³³² Annexe 64, EPRDC. Voy. *supra*, par. 1.37 et ss.

³³³ Voy. *supra*, par. 1.48 et ss., ainsi que par. 1.30 et ss.

encore de poursuivre les négociations et, le cas échéant, d'introduire de nouveaux recours devant les juridictions zaïroises —puis congolaises— compétentes dans le cadre des autres litiges pendants.

3.29. La République démocratique du Congo relèvera particulièrement à cet égard que la société Africontainers-Zaïre a continué à participer à des négociations avec la GÉCAMINES jusqu'au mois d'octobre 1997, soit plus d'un an et demi après l'expulsion de M. Diallo. Les qualités des représentants d'Africontainers-Zaïre à ces séances retiennent particulièrement l'attention. Il appert en effet des procès-verbaux des réunions tenues au siège de la GÉCAMINES, les 2 et 7 juillet 1997, qu'Africontainers-Zaïre y était représentée par deux membres de son personnel de direction (MM. Kanza Ne Kongo et Ibrahim Diallo), *ainsi que par deux avocats congolais* (Mes Musangu et Kabasele)³³⁴. Des négociations entre les mêmes protagonistes ont encore eu lieu aux mois de septembre et octobre 1997³³⁵, mais n'ont pu aboutir à partir du moment où les représentants désignés par M. Diallo ne s'y sont plus présentés. Il semble en tout cas pour le moins légitime de se demander pourquoi, si les intérêts d'Africontainers-Zaïre pouvaient être défendus par deux avocats dans le cadre de négociations commerciales, il n'aurait pu en être de même devant les tribunaux.

3.30. Dans le même ordre d'idées, la République démocratique du Congo ne peut que constater qu'un troisième avocat, Me Alpha O. Diallo, est intervenu en tant que conseil de M. Diallo, et a visiblement assuré la préparation du mémoire qui a été déposé par la République de Guinée en complément de la requête que cet Etat a déposée auprès de la Cour en décembre 1998³³⁶. L'implication de cet avocat guinéen dans le dossier, où il a agi durant une période significative en tant que conseil de M. Diallo, est d'ailleurs amplement confirmée

³³⁴ MRG, annexes 224 et 226.

³³⁵ Voy. la lettre adressée le 26 septembre 1997 par la GECAMINES à Africontainers, et signée pour réception le 29 du même mois (Annexe 7, EPRDC).

³³⁶ La première page de ce document porte les mentions suivantes : « Pour : la République de Guinée, protectrice de son ressortissant M. Diallo Ahmadou Sadio [...] [i]nvestisseur de nationalité guinéenne, protégé par l'Etat de Guinée, conseillé par Me Alpha O. Diallo ». La formule laisse donc subsister une ambiguïté quant au fait que c'est bien au titre de conseil de M. Diallo (plutôt qu'au titre de conseil de l'Etat guinéen) que l'avocat intervient dans cette procédure. Toutefois, l'implication de Me Alpha Diallo dans des phases antérieures du litige (v. sur ce point la note suivante) montre bien que ce dernier était initialement intervenu en qualité de conseil personnel de M. Diallo. Ceci laisse à tout le moins entendre que M. Diallo joue peut-être un certain rôle dans l'organisation de la défense de la position de la République de Guinée dans la présente instance.

par plusieurs pièces reproduites par la République de Guinée dans le volume d'annexes joint à son mémoire³³⁷.

3.31. L'argument selon lequel ces voies de recours seraient inaccessibles aux sociétés Africontainers-Zaïre et Africom-Zaïre, agissant sous la direction de M. Diallo, paraît ainsi manifestement mal fondé. Il en va de même des affirmations de la République de Guinée, aux termes desquelles un prétendu état de dénuement de M. Diallo l'aurait, en pratique, empêché d'intenter de nouveaux recours.

B. La situation financière de M. Diallo ne l'empêchait pas d'assurer sa représentation devant les tribunaux zaïrois

3.32. La République de Guinée met en exergue la situation de dépouillement matériel qu'aurait connue M. Diallo à la suite de son éloignement du territoire, et qui aurait eu pour effet de le priver de toute possibilité d'accès aux tribunaux zaïrois ; elle insiste à cet effet sur

« l'état d'extrême pauvreté dans laquelle [*sic*] les faits internationalement illicites *de la R.D.C.* elle-même avait plongé l'intéressé qui se trouvait dans l'impossibilité matérielle d'intenter des recours nouveaux, évidemment coûteux, et même de subvenir à ses besoins élémentaires [...] »³³⁸.

L'Etat demandeur en conclut dès lors à l'impossibilité pour M. Diallo d'épuiser les voies de recours internes existant au sein de l'ordre juridique zaïrois³³⁹.

3.33. L'argument guinéen ne repose sur aucune motivation sérieuse, voire sur aucune motivation quelconque. La prétendue « extrême pauvreté » de M. Diallo, son « impossibilité matérielle d'intenter des nouveaux recours » ou même de « subvenir à ses besoins élémentaires » constituent autant d'affirmations énoncées sans autre forme de démonstration ni même de référence à des éléments de preuve. Quant à la règle juridique qui introduirait une nouvelle exception au principe fondamental du non-épuisement des voies de recours internes, elle n'est pas davantage établie par l'Etat demandeur.

³³⁷ Voy. ainsi les deux courriers du 4 février 1998, adressés respectivement au Président et au ministre de la Justice de la République démocratique du Congo, de même que les deux lettres du 16 mars 1998 évoquant la possibilité d'un arbitrage CIRDI, adressées aux mêmes destinataires (MRG, annexes 245, 246, 248 et 249).

³³⁸ MRG, par. 4.77.

³³⁹ MRG, par. 4.81, *in fine*.

3.34. Quant aux aspects strictement factuels de l'argumentation guinéenne, absolument rien ne prouve que M. Diallo se soit trouvé dans un « état d'extrême pauvreté » à partir du mois de janvier 1996. Aucune présomption ne pourrait d'ailleurs plaider de manière décisive en ce sens. Tout au contraire, l'état des finances de M. Diallo ne semble pas avoir constitué un obstacle à l'implication de deux conseils dans les négociations susmentionnées, et d'un troisième avocat dans la préparation de l'argumentation développée par la République de Guinée en vue d'endosser la réclamation de M. Diallo. La République de Guinée apparaît donc particulièrement mal fondée à invoquer cette circonstance pour tenter de justifier le non-épuisement des voies de recours internes par M. Diallo, en arguant de l'impossibilité matérielle, pour ce dernier, d'avoir accès à ces voies de recours. Les faits infirment clairement cette hypothèse.

3.35. En tout état de cause, à supposer même qu'elle soit avérée —*quod non*—, la situation de dénuement extrême dans laquelle se retrouverait M. Diallo ne pourrait, en droit, excuser le fait qu'il n'ait pas épuisé les voies de recours internes que l'ordre juridique interne congolais mettait, et met encore, à sa disposition. Il s'avère, bien au contraire, que le principe selon lequel pareille excuse ne pourrait être valablement invoquée à cette fin est solidement enraciné en droit international. Comme l'expose l'un des principaux ouvrages de référence sur la question de l'épuisement des voies de recours internes,

« [i]t has been confirmed on more than one occasion that lack of pecuniary means on the part of the alien claimant or individual does not constitute a valid reason for not pursuing local remedies. [...] In the area of human rights protection the same rule has been applied »³⁴⁰.

L'auteur se fonde sur une jurisprudence de laquelle on peut déduire très clairement que, même lorsque le plaignant se trouve dans une situation financière difficile, l'obligation d'épuiser les voies de recours internes continue à s'imposer³⁴¹. Il est d'ailleurs symptomatique que la République de Guinée ne s'appuie, quant à elle, sur *aucune* autorité juridique pour étayer l'affirmation selon laquelle pareille situation serait reconnue comme susceptible d'écarter l'application de la règle. Il est, au contraire, bien établi que, en droit international général, le manque de moyens financiers ne constitue pas une justification au non-épuisement des voies de recours internes.

³⁴⁰ C.F. AMERASINGHE, *Local Remedies in International Law*, *op.cit.*, p. 212 et les références citées.

³⁴¹ *Ibid.*

3.36. C'est donc en vain que la République de Guinée tente d'invoquer cette excuse pour essayer d'échapper à l'application de cette règle en l'espèce. Ni le « dénuement extrême » de M. Diallo, contredit par de nombreux éléments du dossier, ni l'exception à l'obligation d'épuiser les recours internes qui en résulterait, n'ont été l'objet ne fût-ce que d'un début de démonstration. L'excuse guinéenne montre plutôt le malaise qu'éprouve visiblement l'Etat demandeur à l'égard de la négligence de son ressortissant, ou plutôt de la stratégie de cet homme d'affaires qui consiste tout à la fois à se présenter comme une victime, et à refuser d'utiliser les recours qui sont à sa disposition.

3.37. De façon plus générale, en ce qui concerne encore la question de l'accessibilité des voies de recours existant au sein de son ordre juridique interne, la République démocratique du Congo relève qu'en dépit des troubles très importants qu'a traversés le pays depuis 1996, les tribunaux internes n'ont jamais cessé de fonctionner. Les nombreuses décisions de justice rendues durant cette période en témoignent à suffisance³⁴². Il est indéniable que les situations de guerre civile, puis de guerre internationale qu'a connues le Congo au cours des dernières années, ont parfois eu un impact négatif sur le fonctionnement efficace et ponctuel des cours et tribunaux. Cet état de fait n'a toutefois pas eu pour effet de rendre inaccessible quelque voie de recours que ce soit. Il en va particulièrement ainsi pour ce qui concerne les litiges dont il est question dans la présente affaire, qui ont été, ou qui auraient pu être, déférés aux juridictions sises dans la capitale du pays. Chacune des sociétés impliquée dans la présente affaire a en effet son siège à Kinshasa, ce qui permettait, en application du droit judiciaire congolais, de saisir les tribunaux de cette ville. A ce sujet, il y a lieu de rappeler que les effets directs de la guerre n'ont, à l'exception d'une très brève période de quelques jours au mois d'août 1998, jamais affecté la ville de Kinshasa. Les cours et tribunaux de ce ressort ont en tout cas pu continuer à fonctionner sans entrave particulière. C'est donc également en vain que la République de Guinée invoquerait cette circonstance pour justifier le non-épuisement des voies de recours internes par Africom-Zaïre ou Africontainers-Zaïre, en prétendant que ces recours n'étaient pas accessibles durant la période considérée.

3.38. Les recours existants au sein de l'ordre juridique zaïrois ont donc toujours été, et sont à tout instant demeurés, pleinement accessibles à M. Diallo pour assurer la préservation de ses droits et de ceux des sociétés dont il est le dirigeant. Cette conclusion repose tant sur des

³⁴² Voy. e.a., à titre d'exemples, les différentes décisions mentionnées dans les présentes écritures.

éléments d'ordre législatif (la possibilité d'intenter une action en justice devant les juridictions zaïroises sans être présent sur le territoire du pays) que sur des considérations plus pratiques, tirées du dossier lui-même. Le fait que la représentation d'Africontainers-Zaïre ait été assurée par des avocats zaïrois jusqu'au cours de l'automne 1997 montre clairement que M. Diallo et les sociétés qu'il dirige disposaient des moyens d'assurer la protection de leurs droits, même après que ce dernier ait été contraint de quitter le territoire zaïrois. L'argument selon lequel cet éloignement du territoire mettait M. Diallo dans l'impossibilité de recourir aux voies de recours existant au sein de l'ordre juridique zaïrois ne repose, à l'évidence, sur aucun fondement sérieux, et ne saurait donc être retenu. Il en va de même du dernier ordre de critiques formulées par la République de Guinée à l'encontre de ces voies de recours, et selon lequel M. Diallo n'aurait pas dû les épuiser en raison de leur inefficacité

Section 3. La République de Guinée ne démontre pas que les voies de recours existantes dans l'ordre juridique zaïrois, puis congolais, étaient ou sont inefficaces

3.39. La République de Guinée ne s'est pas limitée, dans ses écritures, à mettre en cause l'accessibilité des recours internes existants au sein de l'ordre juridique zaïrois. Elle a également contesté avec insistance l'efficacité de ces recours. L'Etat demandeur met entre autres en exergue à ce titre le fait que les autorités politiques zaïroises ont suspendu de façon injustifiée et arbitraire l'exécution forcée du jugement du Tribunal de grande instance de Kinshasa-Gombe par lequel Africontainers-Zaïre avait obtenu la condamnation de la compagnie Shell au paiement de dommages et intérêts³⁴³. Il s'agirait là, selon l'argumentation guinéenne, d'une manifestation d'une pratique illicite, qui exclut l'application de la règle de l'épuisement des voies de recours internes³⁴⁴. La République de Guinée fait également valoir que « [d]iverses autres procédures judiciaires engagées par M. Diallo au nom d'Africontainers-Zaïre ou d'Africom-Zaïre ont conduit à une impasse »³⁴⁵. Ce serait le cas du litige opposant Africontainers-Zaïre à la compagnie Fina, dans laquelle la requête introductive de pourvoi en cassation introduite par Africontainers-Zaïre en 1994 serait « demeurée sans suite »³⁴⁶. Il en irait de même encore dans l'affaire *Africom-Zaïre c. PLZ*, qui illustrerait les « errements de la Justice zaïroise »³⁴⁷. L'Etat demandeur conclut dès lors de ces trois cas que « quand bien même la justice lui aurait donné raison, M. Diallo aurait eu peu de chances d'aboutir à un règlement juridictionnel satisfaisant de ses litiges avec ses partenaires »³⁴⁸. La République de Guinée voit là une raison suffisante pour considérer, en l'espèce, que la condition d'épuisement des voies de recours internes a été remplie, celle-ci n'exigeant pas l'exercice « d'un recours manifestement dépourvu de toutes chances de succès »³⁴⁹.

3.40. Dans le même ordre d'idées encore, l'Etat demandeur fait ensuite valoir les recours non juridictionnels exercés par M. Diallo, et leur absence de succès. La République de Guinée rappelle à ce titre les différentes démarches entreprises auprès des autorités politiques et administratives zaïroises en vue d'obtenir le recouvrement des créances dont les sociétés

³⁴³ MRG, par. 4.71 et 4.72.

³⁴⁴ MRG, par. 4.78.

³⁴⁵ MRG, par. 4.73.

³⁴⁶ *Ibid.*

³⁴⁷ MRG, par. 4.74.

³⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁹ *Ibid.*

Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre étaient titulaires. Ici encore, l'Etat demandeur, constatant que « [t]outes ces démarches sont restées infructueuses », en conclut à l'absence d'efficacité des recours existant au sein de l'ordre juridique zaïrois, que ces recours soient ou non de nature juridictionnelle³⁵⁰.

3.41. En dépit de ces différents arguments, l'Etat demandeur est loin d'avoir établi de façon convaincante et sérieuse que les voies de recours internes zaïroises ne pouvaient être considérées comme efficaces au sens du droit international et que, partant, leur épuisement ne s'imposait pas en l'espèce. Les conclusions auxquelles parvient la République de Guinée sur ce point apparaissent particulièrement hâtives, et ne résistent pas à un examen sérieux de la réalité du fonctionnement des institutions judiciaires zaïroises, puis congolaises, qui montre que les recours offerts étaient non seulement existants et accessibles, mais également efficaces. La République démocratique du Congo fera application, pour cet examen, des critères d'efficacité généralement acceptés en droit international. On considérera donc, aux fins de la présente analyse, qu'un recours doit être considéré comme efficace s'il permet au plaignant d'assurer la préservation de ses droits sans être dépourvu de chances de succès³⁵¹, et s'il apparaît adéquat par rapport aux objectifs poursuivis par la demande du plaignant³⁵². Bien entendu, et en dépit de ce que laisse entendre l'Etat demandeur, l'« efficacité » d'un recours n'implique nullement que le plaignant obtienne gain de cause, *a fortiori* pour chacune de ses revendications. Il ne s'agit pas d'assurer un succès, mais une chance de succès à quiconque fait usage des recours disponibles. C'est dès lors plutôt, autant que possible, au regard des résultats atteints dans d'autres causes similaires portées devant les juridictions congolaises que l'efficacité des voies de recours en cause sera évaluée dans les pages qui suivent.

3.42. Cette précision apportée, la République démocratique du Congo montrera maintenant que rien ne permet d'affirmer que les recours existant au sein de l'ordre juridique zaïrois, puis congolais, constituaient des recours inefficaces au sens du droit international. Ce constat vaut tant pour les litiges dans le cadre desquels des procédures judiciaires ont été mises en mouvement par Africontainers-Zaïre et Africom-Zaïre (A) qu'en ce qui concerne les litiges

³⁵⁰ MRG, par. 4.77.

³⁵¹ Voy. e.a. le troisième rapport de J. DUGARD sur la protection diplomatique, 2002, par. 20 ; A. PELLET et P. DAILLIER (NGUYEN QUOC DINH), *Droit international public*, 6^{ème} éd., *op.cit.*, p. 776, n° 490 ; I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 5^{ème} éd., *op.cit.*, p. 500.

³⁵² C.F. AMERASINGHE, *Local Remedies in International Law*, *op.cit.*, p. 171 (« adequate for the object sought »).

qui n'ont jamais été soumis aux autorités judiciaires du Zaïre, puis du Congo (B), y compris pour ce qui est de la mesure d'expulsion dont M. Diallo a fait l'objet (C).

A. Les voies de recours internes existant au sein de l'ordre juridique zaïrois se sont avérées efficaces au regard des litiges qui ont été soumis aux tribunaux par les sociétés Africontainers-Zaïre et Africom-Zaïre

3.43. Ainsi que la République démocratique du Congo l'a exposé plus haut³⁵³, les sociétés dont M. Diallo assure la direction se sont trouvées impliquées dans trois procédures judiciaires devant les tribunaux zaïrois. Le premier de ces litiges opposait la société Africontainers-Zaïre à la société Fina, et était relatif à la perte de deux conteneurs d'Africontainers-Zaïre par la société pétrolière. Le deuxième mettait aux prises Africontainers-Zaïre et Shell Zaïre, à propos d'une créance que la première de ces sociétés prétendait détenir sur la seconde en vertu du contrat tripartite de 1983. Le troisième opposait la société PLZ à la société Africom-Zaïre, et était relatif au bail de l'appartement occupé par M. Diallo à Kinshasa. Le sort de l'ensemble de ces procédures judiciaires montre que les voies de recours juridictionnelles existant au sein de l'ordre juridique zaïrois doivent être considérées comme efficaces au regard des critères dégagés par le droit international sur ce point. Cette conclusion s'impose pour chacune des affaires précitées.

3.44. Avant de les reprendre une à une, on ne peut manquer d'observer que, dans chacune de ces trois procédures, la juridiction de première instance qui avait été saisie a accueilli les prétentions d'Africom-Zaïre et d'Africontainers-Zaïre, et a condamné les sociétés défenderesses au paiement d'indemnités³⁵⁴. Il serait donc pour le moins malvenu d'évoquer l'inefficacité de ces voies de recours, à ce stade de la procédure. Il est vrai que ces trois dossiers ont, par la suite, fait l'objet d'autres développements judiciaires, parfois complexes. Rien dans l'évolution ultérieure de ces procédures ne permet toutefois de conclure à l'inefficacité des voies de recours offertes par l'ordre juridique interne du Zaïre. Cette observation s'impose tant en ce qui concerne l'affaire *Africontainers-Zaïre c. Shell* (1), que les affaires *Africontainers-Zaïre c. Fina* (2) et *PLZ c. Africom-Zaïre* (3).

³⁵³ Voy. *supra*, Chapitre I, et les références citées note 316.

³⁵⁴ *Ibid.*

1. *Les voies de recours internes se sont avérées efficaces dans l'affaire Africontainers-Zaire c. Shell*

3.45. Dans l'affaire *Africontainers-Zaire c. Shell*, le jugement rendu le 3 juillet 1995 par le Tribunal de grande instance de Kinshasa-Gombe a fait l'objet d'un appel de la part de la compagnie défenderesse, qui avait été condamnée au versement d'importantes indemnités en première instance. En dépit de cet appel, le jugement de première instance a donné lieu à des mesures d'exécution forcée, dont la mise en œuvre a donné lieu à divers incidents de procédure sur lesquels la République démocratique du Congo reviendra plus loin³⁵⁵. La décision d'appel, rendue le 22 juin 2002 par la Cour d'appel de Kinshasa-Gombe, confirme la condamnation de la société Shell, même si elle ramène l'indemnité due à Africontainers-Zaire à un montant nettement inférieur à celui accordé en première instance, en raison du manque de fondement de la prétention originale de la société demanderesse³⁵⁶. Ainsi donc, la procédure, menée à son terme, a permis à Africontainers-Zaire d'obtenir gain de cause devant les juridictions internes congolaises. L'efficacité des procédures internes congolaises se voit de la sorte indéniablement confirmée, puisque ces procédures ont permis à Africontainers-Zaire de faire valoir ses droits de façon effective, même —il convient de le relever— si M. Diallo était alors absent du territoire congolais.

3.46. Cette conclusion ne pourrait être remise en cause sur la base du fait que la société demanderesse n'a, en fin de compte, pas obtenu des tribunaux la totalité des montants qu'elle réclamait. Outre le fait que cette réduction de ses prétentions financières se justifiait manifestement au regard des éléments mêmes du dossier, il faut rappeler que le critère d'efficacité des voies de recours en cause ne saurait signifier que le particulier dont un Etat entend ensuite endosser la réclamation devrait avoir automatiquement gain de cause devant les juridictions internes, et ce indépendamment du bien-fondé de sa demande. L'essence de la fonction judiciaire consiste précisément à apprécier dans quelle mesure les prétentions des parties au procès sont fondées, et à trancher le litige en conséquence. En d'autres termes, il ne pourrait manifestement être question de remettre en cause l'efficacité de voies de recours internes du simple fait que les prétentions initiales du demandeur n'ont pas été accueillies dans leur intégralité. Ce qu'il importe de retenir, en l'espèce, c'est que les procédures juridictionnelles existant en République démocratique du Congo ont permis à la société

³⁵⁵ Voy. *infra*, par. 3.49

³⁵⁶ Voy. *supra*, par. 1.37 et ss.

défenderesse d'assurer la préservation de ses droits, et sont à l'évidence loin d'être dépourvues de toute chance de succès.

3.47. Toutefois, indépendamment de l'issue actuelle de ce contentieux, la République de Guinée met en cause l'efficacité des voies de recours internes zairoises en raison des difficultés rencontrées au cours des tentatives d'Africontainers-Zaïre de procéder à l'exécution forcée du jugement rendu en sa faveur par le Tribunal de grande instance de Kinshasa-Gombe en juillet 1995. L'Etat demandeur fait valoir à ce sujet que le vice-ministre de la Justice a intimé à l'huissier qui en était chargé, l'ordre de suspendre une saisie effectuée sur les biens de la société Shell. Ceci aurait eu pour effet, selon les termes du mémoire, que « cet arrêt ne sera jamais exécuté »³⁵⁷. Plus précisément, la République de Guinée avance que :

« [c]et acte contraire au principe de la séparation des pouvoirs brise l'autorité de chose jugée qui fait la force de toute décision de justice [...]. Il était d'autant plus de nature à balayer tout espoir de M. Diallo dans une solution judiciaire de ses multiples contentieux qu'il ne s'agissait pas d'un acte isolé. La même entrave à l'exécution des décisions de justice fut faite par le Premier Ministre de l'époque en personne, M. Kengo wa Dondo, en octobre 1995 »³⁵⁸.

Le chef du gouvernement zairois est d'ailleurs également accusé, dans un autre passage des écritures guinéennes, d'avoir donné l' « ordre de procéder à la levée de la saisie des biens de Zaïre-Shell »³⁵⁹. C'est l'ensemble de ces éléments qui amène l'Etat demandeur à conclure plus généralement que les entraves qui auraient été apportées à l'exécution de la décision de juillet 1995 constituent le reflet d'une « pratique administrative illicite », dont l'existence justifie qu'en l'espèce, les voies de recours existant au sein de l'ordre juridique zairois n'aient pas été épuisées — voire même tout simplement utilisées — par M. Diallo³⁶⁰.

3.48. Cette présentation des choses appelle de sérieuses mises au point, dès lors qu'elle s'avère manifestement erronée sur plusieurs points, et dépourvue de tout fondement sur d'autres. La République de Guinée énonce ainsi une contre-vérité lorsqu'elle affirme que l'arrêt rejetant le recours introduit par Shell pour faire obstacle à l'exécution forcée du jugement rendu par le Tribunal de grande instance de Kinshasa-Gombe le 3 juillet 1995 « ne

³⁵⁷ MRG, par. 4.71.

³⁵⁸ MRG, par. 4.72.

³⁵⁹ MRG, par. 4.79.

³⁶⁰ MRG, par. 4.78.

sera jamais exécuté », en raison de l'ordre donné par le vice-ministre de la justice, au cours d'une première saisie-exécution, de « laisser les choses en l'état ». Cette affirmation est en effet contredite par le cours des événements eux-mêmes. La République démocratique du Congo tient à rappeler à ce sujet que, si le vice-ministre de la Justice a bel et bien pris une décision qui a provoqué la suspension de l'exécution de la saisie opérée le 13 septembre 1995³⁶¹, cette suspension a été de très courte durée. Le ministre de la Justice a en effet rapidement invité le président de la Cour d'appel à « prendre les dispositions utiles pour exécuter » l'arrêt susmentionné de la Cour d'appel, au motif qu'après examen attentif de cette décision, il s'avérait « qu'il n'y a[vait] aucun mal jugé manifeste »³⁶². Et, très significativement, les saisies ont repris leurs cours peu de temps après, comme en témoigne entre autres le procès-verbal de la saisie-exécution effectuée sur des biens de Shell en date du 6 octobre 1995³⁶³. De la même façon, les comptes de Shell ont également été frappés par une saisie au cours de la même période, ainsi qu'en atteste le procès-verbal de la réunion tenue entre les parties dans les locaux de l'Inspectorat général des cours et tribunaux³⁶⁴. Il est donc manifestement erroné de prétendre, comme le fait la République de Guinée, que cette décision n'a jamais été exécutée.

3.49. Les autres affirmations avancées par l'Etat demandeur dans ce cadre sont quant à elles dépourvues de tout fondement. Il en est particulièrement ainsi des accusations aux termes desquelles le Premier ministre zaïrois de l'époque, M. Kengo wa Dondo, aurait fait entrave à l'exécution de la décision de justice en cause ou aurait ordonné de procéder à la levée de la saisie des biens de la société Shell. Ces accusations ne sont étayées par aucune pièce du dossier, et sont encore une fois contredites par le fait même que les biens de la société Shell ont bel et bien fait l'objet de mesures d'exécution forcée en octobre 1995. Les passages des écritures guinéennes auxquels renvoient les paragraphes dans lesquels ces griefs sont articulés ne contiennent pas la moindre mention d'un acte quelconque qui aurait été accompli par le Premier ministre zaïrois de l'époque pour bloquer l'exécution forcée du jugement en cause, ou pour obtenir la main-levée des saisies déjà effectuées. Les accusations formulées sur ce point par la République de Guinée aux paragraphes 4.72, 4.78 et 4.79 de son mémoire sont en effet appuyées par des renvois aux paragraphes 2.63 à 2.72, ainsi qu'à d'autres paragraphes qui ne

³⁶¹ Voy. le procès-verbal qui en atteste, MRG, annexe 171.

³⁶² Lettre du 28 septembre 1995, MRG, annexe 177.

³⁶³ Ce procès-verbal est d'ailleurs produit par l'Etat demandeur lui-même (MRG, annexe 179).

³⁶⁴ Voy. la note de synthèse du 11 octobre 1995, annexe 72, EPRDC.

sont pas clairement désignés³⁶⁵. Or, les paragraphes 2.63 à 2.72 traitent de la mise en détention et de l'expulsion de M. Diallo, et non d'une quelconque décision du Premier ministre zaïrois de l'époque dans le cadre de la procédure d'exécution forcée de la décision de justice en cause sur les biens de la société Shell. C'est donc en vain que l'on cherchera dans le présent dossier les traces d'une quelconque « pratique administrative illicite » dont aurait été victime M. Diallo. Aucun des éléments avancés par la République de Guinée à cet effet ne peut être retenu, dès lors que les prétentions de l'Etat demandeur sont soit contredites par les faits eux-mêmes, soit dépourvues de tout fondement.

3.50. Enfin, et en tout état de cause, il faut relever que le rôle du pouvoir exécutif dans l'exécution des décisions de justice est expressément prévu dans le droit zaïrois. En réponse à certaines critiques émises notamment par des investisseurs étrangers contre le fonctionnement du système judiciaire congolais, la République démocratique du Congo a en effet créé un organisme administratif *ad hoc*, l'Inspectorat Général des Services Judiciaires, composé exclusivement de hauts magistrats, qui a pour mission de contrôler la régularité de certaines décisions judiciaires portées à sa connaissance. Ainsi, lorsque l'exécution d'une décision judiciaire est susceptible de provoquer des remous sociaux ou d'entraîner de graves désordres publics, le ministre de la Justice peut suspendre son exécution et demander à l'Inspectorat Général des Services Judiciaires d'en vérifier la régularité. Après avoir entendu toutes les parties et le ou les juges qui ont rendu la décision concernée, l'Inspectorat adresse un rapport au ministre de la Justice. A vu de ce rapport, le ministre de la Justice peut soit lever la mesure de suspension et permettre la poursuite de l'exécution de la décision soit maintenir la mesure de suspension de l'exécution et inviter les parties, s'il s'agit d'une décision définitive, à négocier une solution amiable sous la direction des hauts magistrats en vue de sauvegarder certains intérêts de la nation et des parties concernées. Ce type de procédures, que l'on retrouve du reste dans plusieurs Etats africains, n'est donc rien contraire au principe de la séparation des pouvoirs tel qu'il est conçu dans cette région du monde, et la République démocratique du Congo ne peut que s'étonner des critiques émises par l'Etat demandeur à cet égard. En tout état de cause, on est bien loin d'une pratique administrative illicite, cette pratique étant au contraire prévue et encadrée par le droit.

³⁶⁵ Les autres paragraphes auxquels se réfère la note 273 n'ont pu être identifiés par la République démocratique du Congo à ce stade. Sans doute le débat judiciaire pourra-t-il se poursuivre sur ce point lorsque la République de Guinée aura apporté des informations supplémentaires à cet égard.

3.51. Il ressort clairement de ces éléments de fait et de droit que la République de Guinée n'a pas été en mesure d'établir de façon convaincante qu'il existait en l'espèce une quelconque pratique administrative illicite, dont l'existence aurait eu pour effet de justifier le non-épuisement des voies de recours internes par M. Diallo, dès lors que ces recours auraient dû être considérés comme inefficaces. De la même manière, la République démocratique du Congo montrera à présent que, en dépit du fait que les autres procédures judiciaires intentées par Africontainers-Zaire n'ont pas encore fait l'objet d'un règlement définitif à l'heure actuelle, rien ne permet, à leur égard non plus, de conclure que les voies de recours internes ouvertes dans ce cadre devraient être considérées comme inefficaces.

2. *Les voies de recours internes se sont avérées efficaces dans l'affaire Africontainers-Zaire c. Fina*

3.52. Dans l'affaire *Africontainers-Zaire c. Fina*, la société Africontainers-Zaire a, une fois encore, obtenu gain de cause en première instance. Par un jugement du 12 août 1993, le Tribunal de grande instance de Kinshasa-Gombe a en effet condamné la compagnie défenderesse au paiement d'importantes indemnités à la suite de la chute de deux conteneurs d'Africontainers-Zaire dans le fleuve Zaïre³⁶⁶. Cette décision a toutefois été mise à néant par l'arrêt rendu le 24 février 1994 par la Cour d'appel du même ressort³⁶⁷. Africontainers-Zaire a alors formé un pourvoi en cassation à l'encontre de cette dernière décision, en date du 23 février 1995. Cette cause demeure actuellement pendante devant la Cour suprême de Justice³⁶⁸. Il convient toutefois d'observer qu'elle a fait l'objet de certains développements depuis la date de l'introduction du pourvoi, puisque le Ministère public a entre-temps rendu ses conclusions dans cette affaire³⁶⁹. On ne peut manquer de relever que ces conclusions sont favorables à la cassation, et donc à une réouverture des débats au fond. Ici encore, même si la Cour suprême de Justice ne s'est pas encore prononcée sur ce dossier, rien ne permet donc de dire que les procédures existantes dans l'ordre juridique de la République démocratique du Congo sont dépourvues de toute chance de succès, et ne seraient pas en mesure de permettre à Africontainers-Zaire ou à M. Diallo de défendre leurs droits à l'égard de leurs partenaires commerciaux. Tout au contraire, les conclusions susmentionnées du Ministère public

³⁶⁶ Annexe 53, EPRDC.

³⁶⁷ Annexe 54, EPRDC.

³⁶⁸ Voy. *supra*, par. 1.33.

³⁶⁹ MRG, Annexe 149.

montrent très clairement que les chances de succès des plaignants sont réelles et effectives dans ce cadre.

3.53. En dépit des conclusions qui précèdent, la République de Guinée semble remettre en cause l'efficacité des voies de recours qui viennent d'être évoquées, en raison des délais écoulés depuis que le pourvoi en cassation a été formé à l'encontre de la décision de la Cour d'appel de Kinshasa-Gombe. Sept années se sont en effet écoulées depuis le prononcé de cette décision, sans que la Cour suprême de Justice ait encore statué sur le pourvoi.

3.54. La République démocratique du Congo ne conteste pas que des délais particulièrement longs puissent avoir pour effet de rendre les recours internes inefficaces. Il est largement admis, en effet, que l'impossibilité de faire trancher un litige dans un délai raisonnable puisse priver de son intérêt ou de son effet utile une réclamation formée devant les juridictions internes³⁷⁰. Le recours à ces dernières ne peut, en pareil cas, être considéré comme efficace, et leur épuisement ne s'impose dès lors pas pour que la réclamation du particulier qui se prétend lésé puisse être portée sur le plan international. Au vu de la situation particulière dans laquelle se trouve la République démocratique du Congo depuis plusieurs années, il n'apparaît cependant pas que la durée de la procédure dans le litige qui oppose Africontainers-Zaïre à la société Fina excède pareil délai raisonnable.

3.55. Tout d'abord, il est évident qu'un délai de quelques années n'est pas *a priori* de nature à causer problème par rapport aux normes généralement admises en droit international. La République démocratique du Congo relèvera à ce sujet que, dans l'affaire de l'*Interhandel*, la Cour n'a pas jugé qu'un délai de dix ans entre l'introduction de procédures par la société suisse devant les tribunaux des Etats-Unis et le moment où le litige, après avoir été porté jusqu'à la Cour suprême, a été renvoyé devant les juridictions américaines de première instance, constituait un délai déraisonnable qui devait l'amener à conclure que les voies de recours offertes par l'ordre juridique des Etats-Unis devaient être considérées comme inefficaces³⁷¹. En l'espèce, un délai de dix années est encore loin d'avoir été atteint.

³⁷⁰ Voy. e.a. C.F. AMERASINGHE, *Local Remedies in International Law*, *op. cit.*, pp. 203 et 205 ; voy. aussi la règle formulée dans le projet d'article 14, e) du projet d'articles sur la protection diplomatique, proposé par le Rapporteur spécial John DUGARD dans son troisième rapport, 2002.

³⁷¹ *Rec. 1959*, pp. 18 et 26.

3.56. Ensuite, il est constant que la notion de délai raisonnable ne peut s'apprécier de manière rigide, au regard de délais préfixes, y compris dans la matière dont il est question ici³⁷². Il faut rappeler à cet égard que la Cour suprême de la République démocratique du Congo est saisie de recours qui sont intentés à l'encontre des décisions de toutes les juridictions sises sur l'immense territoire congolais, et ce quelles que soient les matières, civile, commerciale ou pénale. Chacun de ces recours doit être examiné un à un, dans le respect des droits de la défense, ce qui implique en pratique des délais qui peuvent paraître longs entre le dépôt du recours et le prononcé de la décision.

3.57. Au regard de ces éléments, il est clair qu'un délai de sept années ne peut être considéré comme excessif, à un point tel que les recours existants dans l'ordre juridique interne congolais devraient, de ce seul fait, être considérés comme inefficaces. Ces conclusions sont d'ailleurs largement transposables au troisième litige qui a opposé la société Africom-Zaïre à la société PLZ, et qui présente un profil similaire à celui du dossier qui vient d'être évoqué.

3. *Les voies de recours internes se sont avérées efficaces dans l'affaire PLZ c. Africom-Zaïre*

3.58. Dans l'affaire *PLZ c. Africom-Zaïre*, le Tribunal de grande instance de Kinshasa-Gombe a accueilli la demande reconventionnelle formée par Africom-Zaïre à l'encontre de la société demanderesse, et a condamné cette dernière au paiement d'importantes indemnités, dans son jugement du 24 août 1993³⁷³. La société PLZ a interjeté appel contre cette décision, qui a été mise à néant par la Cour d'appel de Kinshasa-Gombe en date du 9 mars 1994³⁷⁴. La Cour d'appel a, dans le même temps, condamné Africom-Zaïre au paiement d'indemnités à la société demanderesse. Cette décision a conduit Africom-Zaïre à se pourvoir en cassation, en date du 26 août 1994. A l'heure actuelle, cette affaire demeure pendante devant la Cour suprême de Justice. Comme dans le cadre du litige opposant les sociétés Africontainers-Zaïre et Fina, le Ministère public a rendu ses conclusions qui, ici également, sont favorables à la cassation de l'arrêt de la Cour d'appel³⁷⁵.

³⁷² Voy. e.a. Olivier CORTEN, *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 433 et les décisions citées ; C.F. AMERASINGHE, *Local Remedies in International Law*, *op. cit.*, pp. 205 et 206.

³⁷³ Voy. *supra*, par. 1.48 et ss.

³⁷⁴ *Ibid.*

³⁷⁵ MRG, Annexe 146.

3.59. Au vu des développements qu'a connus ce dossier, il n'existe donc aucun motif, ici non plus, de remettre en cause l'efficacité des voies de recours qui étaient ouvertes à M. Diallo, agissant pour le compte des sociétés dont il assure la direction. Tout comme c'était déjà le cas pour les autres dossiers judiciaires analysés dans le cadre de la présente section, rien ne permet de dire ici que les procédures existantes étaient dépourvues de chances de succès. Les conclusions susmentionnées du Ministère public, même si elles ne lient évidemment pas la Cour suprême de Justice, devraient plutôt conduire à la conclusion inverse. Et, en dépit du fait que le délai pour que la juridiction suprême de la République démocratique du Congo se prononce sur le pourvoi dont elle est saisie soit légèrement supérieur à celui relevé dans le cadre du litige qui oppose Africontainers-Zaïre à Fina, il n'excède pas, pour autant, les normes acceptées en la matière, telles qu'elles ont été rappelées ci-dessus, en particulier dans le contexte particulier qui prévaut en République démocratique du Congo.

3.60. En conclusion, l'examen des décisions rendues dans les trois litiges où des recours judiciaires avaient été intentés est loin de mener à la conclusion selon laquelle les recours juridictionnels ouverts aux sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre doivent être considérés comme dépourvus d'efficacité. L'analyse montre, au contraire, que ces procédures présentaient, et continuent à présenter, des chances réelles de succès pour les plaignants, dans la mesure évidemment où leurs prétentions reposaient sur des éléments avérés et solides. Au regard des développements intervenus dans ces trois dossiers, l'argument de la République de Guinée, selon lequel les recours existants au Zaïre, puis en République démocratique du Congo, devaient être considérés comme vains en raison de leur inefficacité, ne saurait donc être retenu. La même conclusion s'impose d'ailleurs en ce qui concerne les litiges commerciaux à propos desquels les sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre n'ont, à aucun moment, jugé utile d'entamer des procédures judiciaires afin d'obtenir réparation pour les manquements à diverses obligations contractuelles dont elles affirmaient être victimes.

B. Les voies de recours internes existant au sein de l'ordre juridique zaïrois auraient pu s'avérer efficaces en ce qui concerne les litiges commerciaux que M. Diallo ou les sociétés dont il assure la direction n'ont pas jugé utile de soumettre aux tribunaux locaux

3.61. Ainsi que la République démocratique du Congo a eu l'occasion de l'exposer plus haut, les sociétés dirigées par M. Diallo sont impliquées dans un nombre considérable de litiges qui les opposent à divers partenaires commerciaux, ainsi qu'à l'Etat zaïrois lui-

même³⁷⁶. Pourtant, dans le présent dossier, les recours judiciaires du type de ceux qui ont été détaillés dans les pages qui précèdent constituent l'exception. A l'égard de la plupart de ces litiges, les sociétés Africontainers-Zaïre et Africom-Zaïre se sont longtemps cantonnées dans une attitude largement passive, se contentant d'adresser à leurs partenaires commerciaux des rappels de paiement, ou des demandes d'indemnisation très souvent abusives³⁷⁷. Ainsi, en dépit des litiges qui opposaient Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, respectivement, à l'Etat zaïrois, aux entreprises publiques GÉCAMINES et ONATRA, ainsi qu'à la compagnie Mobil Oil, aucune action en justice n'a jamais été intentée par les sociétés plaignantes ou en leur nom à l'encontre de ces différents partenaires commerciaux.

3.62. Pourtant, rien ne permettait de douter de l'efficacité des voies de recours ouvertes au sein de l'ordre juridique zaïrois, puis congolais, à l'encontre de ces entités. Dans une précédente section des présentes écritures, la République démocratique du Congo a établi l'existence, au sein de son ordre juridique, de voies de recours susceptibles d'être utilisées pour engager la responsabilité de l'Etat congolais ou d'entreprises d'Etat telles que la GÉCAMINES ou l'ONATRA, entre autres dans le cadre de litiges commerciaux³⁷⁸. Les différents précédents qui avaient été mentionnés à ce stade de l'exposé montrent que ces voies de recours sont loin d'être purement formelles. Ces recours se sont en effet avérés en pratique d'une très grande efficacité pour les plaignants qui les avaient mis en œuvre, puisque ces derniers ont, dans tous ces précédents, obtenu gain de cause.

- Dans l'affaire *Abdoul Karim*, l'Etat congolais a été condamné par le Tribunal de grande instance de Kinshasa-Gombe à verser au requérant des indemnités qui se montaient à près de 150 millions de francs congolais³⁷⁹.
- Dans l'affaire *SORETAC c. GÉCAMINES*, l'entreprise défenderesse a également été condamnée en raison du défaut de paiement d'une commande qu'elle avait passée auprès de la société demanderesse. Cette décision a été confirmée en appel, et des biens de la GÉCAMINES ont été saisis et mis en vente publique en exécution de l'arrêt condamnant l'entreprise publique³⁸⁰.

³⁷⁶ Voy. *supra*, par. 1.08 et ss.

³⁷⁷ Voy. *supra*, par. 1.35, 1.43, et 1.46.

³⁷⁸ Voy. *supra*, par. 3.12 et ss.

³⁷⁹ Annexe 2, EPRDC.

³⁸⁰ Annexe 11, EPRDC.

- De la même façon encore, les tribunaux ordinaires qui avaient été saisis de réclamations à l'encontre de l'ONATRA n'ont pas hésité, dans les affaires *Bokungu Wankota*, *Kiyoko Botaka* et *Musungiele Kabamba*, à condamner l'ONATRA au paiement d'indemnités parfois significatives, lorsqu'ils estimaient que l'entreprise publique avait manqué à ses obligations contractuelles à l'égard de ses partenaires commerciaux³⁸¹. Il convient de relever que, dans ces trois cas, l'ONATRA a exécuté volontairement les décisions judiciaires qui la condamnaient³⁸².

Ces précédents démontrent qu'à l'évidence, il existe au sein de l'ordre juridique interne congolais des voies de recours efficaces, qui offrent de réelles chances de succès aux plaignants qui entendent assurer la préservation, à l'encontre tant de l'Etat congolais lui-même que des entreprises publiques, de droits qui trouvent leur source dans des contrats conclus avec ces différentes entités.

3.63. La République de Guinée ne démontre nullement, dans ses écritures, qu'un sort différent aurait été fait aux réclamations formulées par Africontainers-Zaïre à l'encontre de la GÉCAMINES, de l'ONATRA et de l'Etat zaïrois, si les plaignants s'étaient décidés à en saisir les tribunaux zaïrois. La prétention de l'Etat demandeur, selon laquelle les voies de recours ouvertes à l'encontre de l'Etat zaïrois et des entreprises publiques zaïroises ne devaient pas être épuisées en raison de leur inefficacité, doit donc manifestement être rejetée.

3.64. La République de Guinée semble cependant prétendre que tous les recours internes avaient été valablement épuisés, dans la mesure où M. Diallo avait entamé plusieurs démarches de nature non juridictionnelle auprès des autorités politiques zaïroises, puis congolaises, en vue d'obtenir gain de cause³⁸³. D'après la Guinée, on devrait dès lors considérer que cette règle, qui vise « aussi bien les recours juridictionnels que les recours non juridictionnels »³⁸⁴, n'a pas été enfreinte en l'espèce.

3.65. Cet argument ne saurait être retenu par la Cour. Si l'obligation d'épuisement s'étend bien à tous les recours offerts par la loi (« *legal remedies* »), qu'ils soient juridictionnels ou

³⁸¹ Annexes 34, 36 et 38, EPRDC.

³⁸² Annexes 35, 37 et 39, EPRDC.

³⁸³ Voy. *supra*, par. 3.40.

autres, la règle s'en trouve non pas affaiblie, mais bien renforcée. En d'autres termes, on ne peut excuser le non-épuisement des voies juridictionnelles au nom de l'épuisement de voies alternatives, l'inverse étant, au demeurant, également vrai. Comme l'a très clairement exposé le Rapporteur spécial de la Commission du droit international sur la question de la protection diplomatique,

« 'Legal' remedies clearly include judicial remedies. The foreign national *must exhaust all the available judicial remedies* provided for in the municipal law of the respondent State »³⁸⁵.

La règle est parfaitement claire. S'il se peut que d'autres recours que les recours judiciaires doivent être épuisés, en raison du fait qu'ils constituent des recours « offerts par la loi », l'épuisement des voies de recours judiciaires s'impose en tout état de cause, et ne saurait être évité par l'invocation du fait que des recours non judiciaires ont été mis en œuvre sans succès.

3.66. C'est finalement en vain que la République de Guinée tente de démontrer qu'à la suite des quelques démarches non juridictionnelles entreprises par M. Diallo, les voies de recours offertes par l'ordre juridique zaïrois doivent être considérées comme épuisées. En réalité, absolument rien ne peut justifier que les voies judiciaires existantes et disponibles n'aient même pas été explorées dans le cadre de plusieurs litiges que la Guinée tente aujourd'hui de soumettre à la juridiction de la Cour, en particulier pour ceux opposant les sociétés Africontainers-Zaïre à l'Etat zaïrois, aux entreprises publiques GÉCAMINES et ONATRA, ainsi qu'à la compagnie Mobil Oil. L'existence de recours non juridictionnels constitue à cet égard non une excuse, mais une exigence supplémentaire qui doit être satisfaite avant de déposer valablement une réclamation internationale. C'est en ce sens que, même en ce qui concerne l'éloignement du territoire qui a touché M. Diallo au mois de janvier 1996, on doit considérer que les recours internes n'ont pas été épuisés.

C. Les voies de recours internes existant au sein de l'ordre juridique zaïrois auraient pu s'avérer efficaces pour mettre en cause la mesure d'expulsion dont M. Diallo a fait l'objet

³⁸⁴ MRG, p. 99, par. 4.66.

³⁸⁵ Deuxième rapport sur la protection diplomatique, doc. A/CN.4/514, 28 février 2001, p. 7, par. 13 (souligné par la R.D.C.). Voy. e.a. dans le même sens C.F. AMERASINGHE, *Local Remedies in International Law*, *op.cit.*, p. 161; Ian BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 5^{ème} éd., *op.cit.*, p. 499.

3.67. Depuis son éloignement du territoire national zaïrois, M. Diallo n'a jamais demandé aux autorités compétentes de reconsidérer leur position et de lui permettre de revenir au pays. Le changement important de régime qui s'est produit en mai 1997, et qui a été marqué par un changement radical du personnel dirigeant ainsi que de la politique intérieure et extérieure de ce qui est alors devenu la « République démocratique du Congo », aurait à tout le moins pu éveiller l'espoir que des décisions prises sous la présidence du Maréchal Mobutu soient réformées ou annulées. M. Diallo aurait pu saisir cette occasion pour demander aux nouvelles autorités de pouvoir se rendre en territoire congolais en vue de régler de manière définitive l'ensemble des litiges qui restaient pendants avec les partenaires commerciaux d'Africom-Zaïre et d'Africontainers-Zaïre. Il n'en a rien été, et M. Diallo a préféré s'adresser directement aux autorités guinéennes pour tenter de faire endosser sa réclamation de près de 40 milliards de dollars américains à l'encontre de la République démocratique du Congo.

3.68. Pourtant, même si elle se distingue nettement des différents litiges commerciaux qui viennent d'être évoqués, la mesure d'éloignement du territoire national dont M. Diallo a fait l'objet au début de l'année 1996 aurait, elle aussi, pu être contestée avec des chances de succès dans le cadre de l'ordre juridique interne du Zaïre. Il est en effet un principe général de droit administratif selon lequel il est toujours possible de s'adresser à l'autorité qui a pris la mesure, et le cas échéant à son supérieur hiérarchique, pour lui demander de reconsidérer une décision. Il s'agit certes d'une possibilité informelle, dont la procédure n'est pas strictement réglementée par la loi, mais cette possibilité ne saurait certainement être mise en doute.

3.69. Une abondante pratique existe d'ailleurs à ce sujet, y compris en ce qui concerne des ordres de quitter le territoire prononcés dans le cadre de la loi sur l'établissement et le séjour des étrangers. La République démocratique du Congo se limitera à ce stade à mentionner deux exemples, qui témoignent clairement de la possibilité, non seulement d'introduire pareil recours, mais aussi d'obtenir concrètement gain de cause.

- Un premier exemple est le recours introduit devant la Commission nationale d'Immigration par un ressortissant libanais, M. Yaghi, à l'encontre de la mesure d'éloignement du territoire zaïrois dont il avait été l'objet en 1995³⁸⁶. Ce recours a

³⁸⁶ Voy. la lettre du 25 avril 1996, adressée à M. Yaghi par le président de la Commission d'Immigration, annexe 69, EPRDC.

débouché sur la levée, l'année suivante, de la mesure d'expulsion sous le coup de laquelle se trouvait le requérant³⁸⁷.

- L'on peut également mentionner le recours introduit par un ressortissant belge, M. de Villers, à l'encontre d'une décision d'expulsion du territoire zaïrois, dont il avait fait l'objet en 1989. Ce recours a débouché sur un décret ministériel qui, en 1996, a levé la mesure prise antérieurement à l'encontre du requérant³⁸⁸.

Au vu de ces précédents, on ne saurait prétendre qu'aucun recours susceptible d'aboutir à la levée effective de la mesure d'éloignement du territoire national qui a frappé M. Diallo n'était disponible au Zaïre, puis en République démocratique du Congo.

3.70. Pas plus qu'en ce qui concerne les litiges commerciaux auxquels les sociétés dirigées par M. Diallo étaient parties, la République de Guinée n'est-elle donc fondée à mettre en cause l'efficacité des voies de recours internes à l'égard de la mesure d'éloignement du territoire dont M. Diallo a fait l'objet. La pratique montre en effet qu'il existe des voies de recours efficaces à l'encontre de telles décisions, et que ces procédures peuvent aboutir à la levée de la mesure d'expulsion initiale. Or, et comme le rappelle un ouvrage de référence,

« The rules requires that recourse should be had to all legal remedies available under the local law which are in principle capable of providing an effective and sufficient means of redressing the wrongs for which, on the international plane, the respondent State is alleged to be responsible, *even if those remedies may be regarded as of an extraordinary nature* »³⁸⁹.

Décidément, on voit mal ce qui, en l'espèce, aurait empêché M. Diallo de tenter d'engager une procédure interne tendant à obtenir une remise en cause ou une réformation d'une mesure qu'il estimait injustifiée.

* * *

3.71. De façon générale, il apparaît donc qu'il existait, au sein de l'ordre juridique zaïrois, diverses voies de recours efficaces, qui auraient permis à M. Diallo et aux sociétés dont il

³⁸⁷ Voy. la lettre du 26 août 1996, *ibid.*

³⁸⁸ Annexe 68, EPRDC.

³⁸⁹ R. JENNINGS, A. WATTS (Eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed., *op.cit.*, p. 524, note 6, guillemets omis, souligné par la République démocratique du Congo.

assure la direction de faire valoir de manière effective leurs droits. De telles voies de recours étaient disponibles tant à l'encontre des sociétés privées avec lesquelles Africontainers-Zaïre ou Africom-Zaïre entretenaient des relations commerciales qu'à l'encontre d'entreprises d'Etat telles que la GÉCAMINES et l'ONATRA, et de l'Etat zaïrois lui-même. De nombreux précédents montrent que ces voies de recours offrent de réelles chances de succès aux plaignants, et qu'elles peuvent à ce titre être considérées comme pleinement efficaces aux sens du droit international. C'est donc en vain que la République de Guinée allègue l'inefficacité de ces différentes voies de recours, dont l'épuisement s'imposait indéniablement pour chacun des litiges en cause. Comme la République démocratique du Congo l'a rappelé plus haut, c'est pourtant sur l'Etat demandeur que pèse la charge de la preuve de semblable inefficacité, s'il entend écarter l'application de la règle de l'épuisement des voies de recours internes dans une situation donnée. Pareille preuve n'a, à l'évidence, pas été apportée dans la présente instance.

Conclusion du chapitre III

3.72. Que ce soit dans le courant des années 1980, quand les premiers litiges opposant les sociétés Africontainers-Zaïre et Africom-Zaïre à leurs partenaires commerciaux ont commencé à se faire jour, ou au cours de la période qui a suivi l'éloignement de M. Diallo du territoire zaïrois, il est donc avéré qu'il a toujours existé, et qu'il continue à exister au sein de l'ordre juridique congolais, des voies de recours qui auraient permis à M. Diallo et aux sociétés en cause d'assurer la protection de leurs droits. Ces voies de recours répondaient, et continuent à répondre, à toutes les exigences du droit international en la matière. En particulier, elles ont toujours été accessibles à M. Diallo, y compris après que celui-ci ait été amené à quitter le territoire zaïrois. De la même façon, ces voies de recours sont efficaces et, comme le montrent de nombreux précédents, sont loin d'être dépourvues en pratique de toute chance de succès. L'argument développé par la République de Guinée, aux termes duquel ces recours ne devaient pas être épuisés en l'espèce, en raison de l'impossibilité pour M. Diallo de les mettre concrètement en œuvre, ou en raison de leur prétendue inefficacité, ne saurait donc être accepté.

3.73. Le parallèle tracé par l'Etat demandeur entre la présente affaire et la conclusion atteinte dans l'affaire *ELSI*, où la Cour observait que « [d]ans une affaire où les juridictions internes ont été vraiment beaucoup sollicitées, il n'est jamais facile de décider si les recours internes ont été réellement 'épuisés' »³⁹⁰ est manifestement dépourvu de toute pertinence. L'on est en effet bien loin, dans le présent dossier, d'une telle situation. Plutôt que de sollicitation constante des tribunaux internes (comme c'était le cas dans l'affaire *ELSI*, où pas moins de trois procédures parallèles avaient été engagées par différents protagonistes, *dans le cadre d'un seul et même litige*)³⁹¹, c'est plutôt de sous-utilisation systématique des voies de recours internes dont il faudrait parler dans la présente instance. En dépit de quelques menaces de saisir les tribunaux, adressées de façon épisodique à certains des partenaires commerciaux d'Africontainers-Zaïre par l'avocat de cette société³⁹², l'attitude d'Africontainers-Zaïre et de M. Diallo dans plusieurs des dossiers qui sont à la base du présent litige s'est avant tout caractérisée par la passivité, et par une totale inaction sur le plan judiciaire. A cet égard, l'invocation —bien peu étayée— de l'inaccessibilité et de

³⁹⁰ *Rec. 1989*, p. 47, par. 62 ; cité au par. 4.77 du mémoire de la République de Guinée.

³⁹¹ Des recours avaient ainsi été intentés, dans le cadre de cette affaire, par la société Raytheon (*Rec. 1989*, p. 38, par. 39 et 40), par la société *ELSI* (*ibid.*, p. 38, par. 40), ainsi que par le syndic de la faillite (*ibid.*, p. 39, par. 41).

l'inefficacité des tribunaux zaïrois par la République de Guinée apparaît comme une piètre excuse, visant à justifier *a posteriori* cette passivité difficilement excusable.

3.74. En réalité, le présent dossier est précisément de ceux où la règle de l'épuisement des voies de recours internes prend tout son sens, et dont elle a toujours visé à assurer le règlement le plus ordonné, devant les juridictions qui apparaissent les plus appropriées et les mieux équipées pour les trancher. La présente instance trouve en effet son origine principale dans des litiges commerciaux tout à fait ordinaires, dont le juge « naturel » et logique est bien entendu celui des tribunaux de l'ordre interne. Ce n'est que dans l'hypothèse où, tous ces recours ayant été mis en œuvre, les droits du requérant n'ont pas été préservés que la Cour pourrait connaître de semblable cause. Il est manifeste que cette condition n'est pas remplie dans le cadre de la présente affaire, et que la République de Guinée n'a pas été en mesure de montrer de façon convaincante que les recours existants au sein de l'ordre juridique zaïrois puis congolais ne répondaient pas aux exigences du droit international en cette matière. Il n'existe donc aucune raison qui justifie le non-épuisement —et dans plusieurs cas, le refus pur et simple de mise en mouvement— des voies de recours internes disponibles pour trancher les litiges qui opposaient Africontainers-Zaïre et Africom-Zaïre à leurs partenaires commerciaux. C'est pour l'ensemble de ces motifs que la requête présentée par la République de Guinée pour le compte de M. Diallo doit être déclarée irrecevable.

³⁹² Voy. e.a. la lettre adressée à l'ONATRA, en date du 18 juillet 1991 (MRG, annexe 91).

CONCLUSIONS

La République démocratique du Congo prie respectueusement la Cour de dire et juger que la requête de la République de Guinée est irrecevable,

1°) en raison du fait que la République de Guinée n'a pas qualité pour exercer la protection diplomatique en la présente instance, sa requête visant essentiellement à obtenir réparation pour des dommages résultant de la prétendue violation de droits de sociétés qui ne possèdent pas sa nationalité ;

2°) en raison du fait qu'en tout état de cause, ni les sociétés concernées ni M. Diallo n'ont épuisé les voies de recours internes disponibles et efficaces qui existaient au Zaïre, puis en République démocratique du Congo.

Le 1er octobre 2002

Tshibangu Kalala

Co-agent de la République démocratique du Congo