

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE AD HOC MAMPUYA

Exigence de l'existence d'un différend interétatique comme condition préalable à tout recours judiciaire et nouveauté de certaines réclamations.

Paragraphe 1 b) de l'article 36 de la convention de Vienne —Contenu et sens de l'obligation d'informer —Nature et portée de l'obligation d'informer l'étranger arrêté ou détenu contenue dans l'article 36 à la lumière de l'objet et du but de la convention de 1963 —La spécificité des droits énoncés à l'article 36, paragraphe 1, et l'interdépendance des trois droits énoncés à l'alinéa b) —En l'absence d'un préjudice matériel, la déclaration par la Cour du caractère illicite du comportement de la République démocratique du Congo aurait dû constituer une réparation suffisante du préjudice subi.

Régularité de l'expulsion : l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (le Pacte ou PIDC) exige seulement que l'expulsion doit être décidée «conformément à la loi» —Le caractère arbitraire n'est pas prévu par l'article 13 du PIDC : la Cour ajoute une condition supplémentaire à celles qu'énumère le PIDC pour la régularité d'une expulsion. Le caractère «arbitraire» se rapporte seulement aux arrestations ou détentions dans le cadre du paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte.

Droits propres d'actionnaire —Exigibilité ou opposabilité des droits propres d'associé. Notion d'ingérence dans le droit des sociétés —Exigibilité ou opposabilité des droits propres d'associé —Notion d'ingérence.

La mission de la Cour est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis ; la Cour ne peut exercer sa compétence contentieuse que s'il existe réellement un différend entre les Parties. La Cour ne connaît des faits qu'à travers le différend interétatique né à propos de ces faits ; une argumentation développée à l'audience ne peut être la preuve de l'existence d'un différend entre les Parties.

L'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires contient trois éléments distincts mais liés entre eux. Les conclusions à tirer en droit de cette interdépendance dépendent nécessairement des faits de l'espèce. Il faut examiner l'interdépendance de ces trois éléments à la lumière des faits et circonstances particuliers de la présente espèce.

Un dommage purement moral et immatériel peut être réparé par des «satisfactions» purement morales. Selon une jurisprudence abondante, la déclaration par le juge du caractère illicite du comportement d'un Etat constitue une réparation suffisante du préjudice subi.

Les instruments internationaux appliqués dans la présente espèce ne visent pas une expulsion «arbitraire» ; la notion d'arbitraire ne découle pas de l'illégalité alléguée d'un acte. Le caractère arbitraire d'une mesure relevant d'une prérogative aussi discrétionnaire pour un Etat que la détermination des conditions d'accès ou d'acceptation des étrangers sur son territoire, donc en matière d'expulsion doit être établie et non présumée ou déduite de l'illégalité prétendue de la mesure. Le droit laisse aux Etats une latitude certaine pour définir ce qui, pour appliquer une mesure d'expulsion, correspond ou non aux exigences de leur ordre public ou de leur sécurité nationale.

Droits propres de l'actionnaire et intérêts de l'actionnaire. Les prétendus faits internationalement illicites doivent avoir été dirigés directement contre les droits propres de

l'associé comme tels. Les droits propres d'associé ne sont exigibles qu'à l'égard de la société et dans le cadre de ses rapports avec les associés, les actes d'un tiers ne peuvent être considérés comme attentatoires aux droits propres d'associé «comme tels» que s'ils représentent des actes d'ingérence dans le fonctionnement de la société ou dans les rapports entre cette dernière et ses associés.

C'est avec un réel regret que je n'ai pu, dans cette affaire, suivre en tout la majorité de la Cour. Mais comme juge, même *ad hoc*, je n'ai pas voté contre la conclusion principale de l'arrêt condamnant la République démocratique du Congo pour violation de certaines obligations à l'égard des droits individuels du ressortissant guinéen, montrant par là que, tout comme lors de l'examen des exceptions préliminaires, je n'ai aucun problème avec l'affirmation et la sauvegarde universelles des droits de l'homme.

Il ne s'agit donc pas ici de contester les dispositions de l'arrêt relatives à cette importante question, mais d'exprimer quelques réserves sur certains points tranchés par la Cour, tandis que je ne suis pas d'accord avec la majorité en certains de ses raisonnements et, parfois, en certaines de ses conclusions.

Mes réserves

1. Il me tenait à cœur de, avant toute autre chose, exposer mes réserves, après mon désaccord déjà exprimé lors de l'arrêt du 24 mai 2007 sur les exceptions préliminaires, concernant une question qui me paraît avoir une importance juridique incontestable en droit judiciaire international, en rapport avec une pratique de la Cour devenue un véritable principe procédural, confirmé par une jurisprudence constante de la Cour mais qui a semblé avoir été abandonné dans son arrêt de 2007 dans cette même affaire. Il s'agit de la condition préalable à toute saisine de la Cour par requête unilatérale : le fait qu'il doit exister, en particulier pour l'exercice de la protection diplomatique, *un différend entre les Etats concernés*, l'Etat d'origine de la personne dont il est prétendu que les droits ont été violés et l'Etat de sa résidence auteur des faits prétendus internationalement illicites.

2. J'avais alors la crainte, dans un intérêt purement juridique, de voir ainsi naître un revirement injustifié de jurisprudence en la matière ; le fait que, depuis, les Etats n'ont pas abandonné cette exigence (voir en particulier les exceptions préliminaires de la Russie dans l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (*Géorgie c. Fédération de Russie*), exceptions préliminaires de la Fédération de Russie, par. 3.17-3.23) m'encourage à rappeler le bien-fondé de l'opinion que j'exprimais à cette époque.

Ainsi que je l'avais déjà indiqué dans mon opinion individuelle lors de l'arrêt sur les exceptions préliminaires,

«La pratique diplomatique est constante : toute action internationale, même si elle porte sur des faits relatifs à une situation conventionnelle bilatérale, est toujours précédée de «représentations diplomatiques», qui ne se confondent pas avec l'épuisement des recours internes. Sur ce point, la jurisprudence est également constante depuis l'arrêt de la Cour Permanente dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, qui définit le différend comme «un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts.» (1924, arrêt, C.P.J.I. série A n° 2, fascicule n° 2, p. 11.)»

Le différend naît lorsqu'un désaccord surgit entre les thèses soutenues par les parties en rapport avec un fait jugé par l'une d'elles comme illicite ; juridiquement, c'est ce différend, plus que le fait lui-même, qui fait l'objet de l'instance, et c'est à travers le différend que la Cour va connaître des faits (affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 636-644).

3. De fait, de l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* à celle des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)* (*République démocratique du Congo c. Rwanda*), en 2006, la position de la Cour n'avait pas varié, jusqu'à cet arrêt sur les exceptions préliminaires dans la présente affaire. En effet, dans cette décision, la Cour avait cru fondé de connaître de la requête guinéenne sans au préalable avoir établi que, au-delà des faits dont M. Diallo aurait été victime de la part du Congo ; ces derniers, par ailleurs illicites, avaient fait naître un différend interétatique entre la Guinée et le Congo, la seule qualification sous laquelle la Cour peut être saisie de tel ou de tel fait par voie de requête. Ce faisant, elle s'est comportée comme si dorénavant cette condition ne devrait plus être exigée ; ce qui aurait constitué un véritable revirement d'une jurisprudence jamais auparavant démentie.

4. Heureusement, dans ses exceptions préliminaires en l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (*Géorgie c. Fédération de Russie*), la Fédération de Russie indique bien, dans le respect de la tradition jurisprudentielle, que cette exigence figure toujours comme la condition préalable de la régularité de toute saisine de la Cour (par. 3.17) ; elle y dit ce qui suit :

«La Cour, comme organe juridictionnel, a pour tâche de résoudre des différends existant entre Etats. L'existence d'un différend est donc la condition première de l'exercice de sa fonction judiciaire ; on ne peut se contenter à cet égard des affirmations d'une partie car «l'existence d'un différend international demande à être établie objectivement» par la Cour.» (*Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 476, par. 58, citant *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 74, par. 55.)

ajoutant que :

«L'article 38 du Statut dispose que la mission de la Cour est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis ; en dehors de l'article 38 lui-même, d'autres dispositions du Statut et du Règlement indiquent aussi que la Cour ne peut exercer sa compétence contentieuse que s'il existe réellement *un différend entre les parties...*» (*Ibid.*, p. 477, par. 60 ; les italiques sont de moi.)

A l'occasion de l'ordonnance rendue en indication des mesures conservatoires en la même instance, dans une opinion dissidente commune, sept juges se sont prononcés dans le même sens. En effet, en affirmant que la convention querellée impose un règlement négocié préalable à toute saisine de la Cour, ils confirment la condition qu'il doit exister un différend entre les Parties touchant l'interprétation ou l'application de ladite convention (affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (*Géorgie c. Fédération de Russie*), *mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008*, opinion dissidente commune des juges Al-Kasawneh, Ranjeva, Shi, Koroma, Tomka, Bennouna et Skotnikov, *C.I.J. Recueil 2008*, p. 401, par. 6).

Ils dénoncent que :

«D'ailleurs..., ne pouvant trouver aucune preuve que les actes allégués par la Géorgie entraient dans les prévisions de la CIEDR, [la majorité] s'est contentée de constater qu'un différend paraît exister sur l'interprétation et l'application de la CIEDR parce que les deux Parties ont montré leur désaccord sur l'applicabilité des articles 2 et 5 de la Convention.» (*Ibid.*, p. 402, par. 10.)

Contestant par là le fait qu'*«une argumentation développée à l'audience devient la preuve de l'existence d'un différend entre les Parties»* (*ibid.*).

Les sept juges constatent que, néanmoins,

«La Cour en vient ... à admettre que les questions relevant de la CIEDR devaient être soulevées entre les Parties et elle invoque à ce sujet les contacts bilatéraux entre les Parties et des représentations adressées au Conseil de sécurité (*ibid.*, par. 115), mais la Géorgie n'a à aucun moment accusé la Russie de discrimination raciale. Par conséquent, à notre avis, la substance même de la CIEDR n'a jamais fait débat entre les Parties jusqu'au dépôt d'un recours devant la Cour.» (*Ibid.*, par. 12 ; les italiques sont de moi.)

Comme les auteurs de cette opinion dissidente, je conclus moi-même que, ici, comme alors quand elle a examiné la phase préliminaire de cette affaire *Diallo*, «[i]l est très surprenant que la Cour se soit ainsi débarrassée de cette condition préalable à tout recours judiciaire...» (*ibid.*, par. 13), tandis que je continue par ailleurs de penser qu'il s'agit d'une condition de principe sur laquelle la Cour aurait dû se prononcer même en l'absence d'une objection dans ce sens, d'une exception préliminaire ou de toute autre condition cumulative portant par exemple sur la nécessité de négociation ou d'arbitrage préalable.

5. Cela dit, par rapport au présent arrêt sur le fond, tout en ayant voté avec la majorité sur les violations des articles 9 et 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ainsi que des articles 6 et 12 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, je demeure réservé sur certains développements : ceux relatifs aux comportements des autorités congolaises, développements qui reviennent à des procès d'intention ou à des imputations qui m'ont semblé inutilement malveillantes parce que suspicieuses ou simplement superfétatoires. Par ailleurs, je n'ai pu souscrire ni au raisonnement ni à la partie du dispositif concluant à la violation par le Congo des obligations lui incombant en vertu de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires, tandis que, en rapport avec le rejet des griefs guinéens sur les droits propres de M. Diallo en tant qu'associé, souscrivant pleinement à la conclusion de la Cour, j'estime modestement, cependant, que le raisonnement de cette dernière néglige l'argument de principe pour lequel ses griefs devaient être rejetés.

6. Sur le premier point, je me contenterai de redire que de même que la malheureuse réduction par laquelle la Cour avait cru devoir laisser entendre (*Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 601, par. 46) que c'est par malveillance, astuce et calcul délibérés que le Congo aurait délivré un procès-verbal de «refoulement» plutôt qu'un procès-verbal d'expulsion m'avait paru gratuite et ne m'avait pas convaincu (*ibid.*, opinion du juge *ad hoc* Mampuya, p. 645) de même, reprise aujourd'hui, elle provoque la même réaction de ma part. Il en est de même de

l'affirmation, qui n'est qu'une conjecture non fondée, selon laquelle il doit être établi «un lien entre l'expulsion de M. Diallo et le fait qu'il ait tenté d'obtenir le recouvrement des créances ... en saisissant à cette fin les juridictions civiles» (paragraphe 82 de l'arrêt). Si une accusation aussi grave peut se comprendre dans la bouche de la demanderesse, la Cour mondiale ne saurait l'assumer sous forme d'une présomption sans fondement.

Ces deux lourdes imputations étaient d'autant moins nécessaires que la conclusion principale de la Cour quant à la régularité ou non de la mesure d'expulsion n'en avait nullement besoin.

7. Ayant ainsi voté avec la majorité de la Cour sur certaines violations attribuées à la République démocratique du Congo, j'ai également adhéré au point 6 du dispositif de l'arrêt sur les réparations dues en conséquence à la Guinée par le Congo. Néanmoins, il me semble que la Cour aurait pu utilement préciser que le préjudice, purement moral et immatériel, retenu en ce qui concerne la prétendue violation par le demandeur de l'obligation du point *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires, violation qui n'a pas produit de dommage matériel, n'appelle qu'une réparation «déclaratoire», morale. En parfaite concordance avec le point 6 du dispositif qui ne prescrit la réparation que pour les violations retenues du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, cette précision aurait servi à montrer que la Cour confirme ce qui, à la suite de sa jurisprudence constante, est devenu un principe. Ainsi, pour ne prendre que le seul exemple suivant dans l'affaire du *Détroit de Corfou* où il était pourtant question de la violation de la souveraineté d'un Etat, lorsque la Cour, à l'unanimité, dit que :

«par les actions de sa marine de guerre dans les eaux albanaises au cours de l'opération des 12 et 13 novembre 1946, le Royaume-Uni a violé la souveraineté de la République populaire d'Albanie, cette constatation par la Cour constituant en elle-même une satisfaction appropriée» (*fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 36).

La doctrine confirme unanimement cette position, par exemple :

«Un dommage purement moral peut être réparé par des «satisfactions» purement morales. La plus simple est la proclamation par le juge du caractère illicite du comportement d'un Etat ; une jurisprudence abondante a déclaré qu'en l'absence d'un préjudice matériel, la déclaration par le juge du caractère illicite d'un comportement constituait une réparation suffisante du préjudice subi (*Détroit de Corfou, C.I.J. Recueil 1949*, p. 35).» (*P. Reuter, Droit International Public*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983, 6^e éd., p. 268.)

Tandis que J. Crawford commente que : «Une des formes de satisfaction les plus fréquentes pour dommage moral ou immatériel est la déclaration d'illicéité faite par une cour ou un tribunal compétent.» (Dans son commentaire à l'article 37, paragraphe 2, de la CDI sur la responsabilité de l'Etat.)

8. Par ailleurs, en vue d'alourdir la responsabilité de la défenderesse, la Cour a cru indispensable d'ajouter une caractéristique et, donc, une condition supplémentaire à celles qu'énumère le PIDC pour la régularité d'une expulsion : le caractère «arbitraire» de l'expulsion de M. Diallo, outre qu'elle est jugée illégale. En effet, l'article 13 exige seulement que l'expulsion doit être décidée «conformément à la loi» et l'intéressé doit pouvoir «faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion» devant «l'autorité compétente ou [par] une ou plusieurs personnes spécialement désignées par ladite autorité». Il en est de même du paragraphe 4 de l'article 12 de la Charte africaine qui dit que l'étranger «léggalement admis sur le territoire d'un Etat partie à la présente Charte ne pourra être expulsé qu'en vertu d'une décision conforme à la loi». Nulle part il

n'y est question d'expulsion «arbitraire», à moins que ce caractère «arbitraire» ne découle de l'illégalité ou soit impliqué par elle. Car des deux choses, l'une. Soit l'arbitraire découle de l'illégalité, or, manifestement il ne peut en être ainsi ; soit l'arbitraire est différent de l'illégalité. Dans ce dernier cas, d'une part, il s'ajoutera une condition supplémentaire mais non prévue par l'article 13 du Pacte. En effet, la Cour a bien entendu ajouter cette condition supplémentaire non prévue lorsqu'elle dit :

«D'une part, il faut que la loi nationale applicable soit elle-même compatible avec les autres exigences du Pacte et de la Charte africaine ; *d'autre part, une expulsion ne doit pas revêtir un caractère arbitraire...*» (Paragraphe 65 de l'arrêt ; les italiques sont de moi.)

ou lorsqu'elle dit que «la RDC n'a jamais été à même ... de fournir des motifs qui puissent être de nature à donner un fondement convaincant à l'expulsion de M. Diallo» ou qu'elle parle «d'une telle mesure d'expulsion, qui ne repose sur aucun fondement défendable» (paragraphe 82 de l'arrêt). D'autre part, cette condition supplémentaire induit une exigence : celle d'expliquer et de préciser en quoi consisterait alors, en dehors de l'illégalité, le caractère arbitraire.

9. On ne trouve, nulle part dans l'arrêt, aucune de ces préoccupations dont, me semble-t-il, en introduisant cette autre condition liée au caractère arbitraire, la Cour ne pouvait faire l'économie. Notre arrêt se contente de renvoyer à la «jurisprudence interprétative considérable» du Comité des droits de l'homme dont la Cour proclame le caractère «quasi-judiciaire» et «estime devoir accorder une grande considération».

10. Toutefois, les deux notions sont distinctes et doivent être distinguées, car si l'arbitraire peut recouvrir l'illégal, l'inverse n'est pas vrai. Pour ne retenir que la pratique du même Comité des droits de l'Homme, ainsi que le dit dans son opinion individuelle sir N. Rodley :

«La notion de caractère «arbitraire» évoquée au paragraphe 1 de l'article 9 englobe certes la notion d'illégalité. Ce fait ressort à l'évidence du concept même de l'arbitraire et des travaux préparatoires. Je ne vois pas toutefois comment l'inverse serait également vrai. Rien dans les travaux préparatoires ne le justifie non plus.» (Affaire *C. c. Australie*, 2002, n° 900/1999.)

Ceci peut expliquer pourquoi un acte, par exemple une arrestation, parfaitement légal peut être arbitraire et que tout acte illégal n'est pas nécessairement arbitraire. C'est ainsi que le Comité des droits de l'homme le conçoit lorsqu'il dit :

«L'historique de la rédaction du paragraphe 1 de l'article 9 confirme qu'il ne faut pas donner au mot «arbitraire» le sens de «contraire à la loi», mais plutôt l'interpréter plus largement du point de vue de ce qui est inapproprié, injuste et non prévisible.» («Elements of inappropriateness, injustice and lack of predictability», voir communication n° 305/1988, *Hugo van Alphen c. Pays-Bas*, constatations adoptées le 23 juillet 1990, doc. CCPR/C/39/D/305/1988 du 15 août 1990, par. 5.8.)

11. Du reste, il faut remarquer que la «jurisprudence interprétative» du Comité des droits de l'homme à laquelle notre arrêt fait allusion est relative exclusivement à l'interprétation du paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte qui distingue l'arrestation ou la détention arbitraire (dans la première phrase) et la privation de liberté non conforme à la loi (deuxième phrase) :

«1. Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévue par la loi.»

C'est donc aux seules arrestations ou détentions, dans le cadre du paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte, que se rapporte ce caractère «arbitraire». Je citerai, à l'appui de cette affirmation, entre autres, les «jurisprudences» suivantes du Comité : *Gómez Casafranca c. Pérou*, 2003, n° 981/2001 ; *A. c. Australie*, communication n° 560/1993, avis adoptés le 3 avril 1997 ; *Hugo van Alphen c. Pays-Bas*, constatations adoptées le 23 juillet 1990, doc. CCPR/C/39/D/305/1988 du 15 août 1990 ; *Womah Mukong c. Cameroun*, constatations adoptées le 21 juillet 1994, doc. CCPR/C/51/D/458/1991 ; *A. c. Australie*, n° 560/1993 ; *C. c. Australie*, communication n° 900/1999 ; *Baban et al. c. Australie*, n° 1014/2001 ; *Bakhtiyari et al. c. Australie*, n° 1069/2002 ; *Marques contre Angola*, 2005, n° 1128/2002.

12. Si, donc, les auteurs du Pacte avaient voulu prescrire une condition supplémentaire, alors qu'ils utilisaient déjà cette notion d'arbitraire à l'article 9 concernant l'arrestation et la détention, ils l'auraient fait en parlant, à l'article 13, d'une expulsion devant être à la fois conforme à la loi et non arbitraire. Outre qu'un tel caractère, sa nature et son contenu, demanderaient à être établis, force est de constater que, même alors, l'article 13 du Pacte dont la prétendue violation est examinée ici ne vise pas le caractère arbitraire d'une expulsion (du reste difficile à concevoir). Pour autant, ce silence du Pacte et de la Charte africaine ne saurait être considéré ainsi qu'une omission que la Cour s'emploierait à combler ni qu'une erreur qu'elle chercherait à corriger, tandis que la Charte africaine, postérieure de quinze ans au Pacte, aurait pu mentionner cette notion d'arbitraire si telle était la volonté de ses promoteurs. Les auteurs du Pacte et, à leur suite, ceux de la Charte, ont suivi le bon sens qui ne permet pas d'envisager aussi facilement une telle condition qui jugerait d'arbitraire une décision aussi discrétionnaire pour un Etat que celle d'admettre ou non, conformément à sa législation, la présence d'étrangers sur son territoire.

13. Quant à la jurisprudence propre à la matière de l'expulsion, à l'appui de la condition supplémentaire pour une expulsion, de «ne pas avoir un caractère arbitraire», le paragraphe 68 de notre arrêt cite l'article premier du protocole n° 7 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, intitulé «Garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers». Citée sans exemples de décisions précises l'interprétant dans le sens retenu par la Cour dans la présente instance, cette disposition stipule ce qui suit :

- «1. Un étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un Etat ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et doit pouvoir :
- a) faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion,
 - b) faire examiner son cas, et
 - c) se faire représenter à ces fins devant l'autorité compétente ou une ou plusieurs personnes désignées par cette autorité.»

Nous retrouvons dans cette disposition certes la même substance que l'article 13 du PIDC mais aussi la même question de son interprétation, sans toutefois que rien ne corrobore le fait que la Cour européenne l'ait interprétée comme le fait notre arrêt.

Par contre, si l'on voulait également «instruire à décharge», on pourrait tirer profit du paragraphe 2 du même article qui dispose que : «Un étranger peut être expulsé avant l'exercice des droits énumérés au paragraphe 1 a), b) et c) de cet article lorsque cette expulsion est nécessaire dans l'intérêt de l'ordre public ou est basée sur des motifs de sécurité nationale.» Il y a là un élément qui montre, dans une formule affirmative («un étranger peut être expulsé avant l'exercice des droits énumérés...» et non «ne peut être expulsé avant l'exercice des droits énumérés que...»), qu'une latitude certaine est reconnue aux autorités territoriales, s'agissant, justement, d'une prérogative discrétionnaire que l'on ne saurait, implicitement, limiter même en insinuant son caractère «arbitraire».

Enfin, alors qu'il n'est prévu nulle part ailleurs des «garanties matérielles», l'intitulé de cet article premier du protocole européen, «Garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers», renseigne clairement que même la convention européenne n'a pas entendu soumettre la mesure d'expulsion à des conditions matérielles, de fond, laissant également comprendre que le contenu de la seule condition proche du fond, «l'intérêt public et motifs de sécurité nationale» est défini discrétionnairement par l'autorité de l'Etat. Il ne me semble pas, dès lors, fondé d'assimiler, comme le fait la Cour (paragraphe 72 de l'arrêt), à une condition stricte de fond l'exigence de motivation de la décision d'expulsion prévue par l'article 15 de l'ordonnance-loi de 1983, dès le moment où seul l'Etat territorial peut définir ce qui est ou non «nécessaire dans l'intérêt de l'ordre public» ou ce qu'est l'exigence de sa «sécurité nationale». Cet argument abondamment exposé par la République démocratique du Congo (contre-mémoire, par. 1.27-1.28) n'a pas retenu l'attention de la Cour.

A présent, j'aborde le point sur lequel porte mon désaccord avec la majorité de la Cour.

Mon désaccord

La prétendue violation de l'obligation en vertu de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires.

Contenu et sens de l'obligation d'informer

14. L'article 36, à son paragraphe 1 b), stipule :

«Si l'intéressé en fait la demande, les autorités compétentes de l'Etat de résidence doivent avertir sans retard le poste consulaire de l'Etat d'envoi lorsque, dans sa circonscription consulaire, un ressortissant de cet Etat est arrêté, incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention. Toute communication adressée au poste consulaire par la personne arrêtée, incarcérée ou mise en état de détention préventive ou toute autre forme de détention doit également être transmise sans retard par lesdites autorités. Celles-ci doivent sans retard informer l'intéressé de ses droits aux termes du présent alinéa.»

Ce qui est spécialement reproché au Congo c'est de ne pas avoir informé directement et «sans tarder» la personne concernée, M. Diallo, de son droit de solliciter, à travers l'ambassade de Guinée à Kinshasa, l'intervention des autorités de son pays. Dans notre arrêt, l'allégation est présentée et la disposition pertinente interprétée dans des termes qui ne me semblent pas tenir compte de tous les éléments pertinents tels que les prescrit la convention. Dans cette dernière, en

effet, ainsi que l'a interprétée la Cour (affaire *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 492, par. 74), le principe de base en matière de protection consulaire est énoncé au paragraphe 1 a) qui concerne le droit de communication et d'accès des fonctionnaires consulaires avec et auprès des ressortissants de l'Etat d'envoi. Ceci me semble important aux fins de la bonne compréhension de la portée de l'obligation de l'Etat de résidence déclinée à l'alinéa b) du même paragraphe.

15. Quant à cette obligation elle-même, elle se présente en trois éléments : les autorités compétentes de l'Etat de résidence doivent nécessairement d'une part, si l'intéressé en fait la demande, notifier l'arrestation au poste consulaire de l'Etat d'envoi ; d'autre part, transmettre toute communication adressée au poste consulaire par la personne incarcérée et, enfin, informer «sans retard» l'intéressé de ses droits. L'interprétation de la Cour étant que le troisième élément, énoncé en dernier dans l'alinéa, est en fait le préalable indispensable à la réalisation des deux autres, l'intéressé devant être informé de son droit, ici énoncé en fin du paragraphe, afin que les deux autres éléments se concrétisent.

16. De la sorte, l'obligation d'informer les autorités consulaires codifiée dans la convention est considérée comme une obligation d'informer le détenu de *son droit de demander* une assistance consulaire ainsi que de *son droit de contacter*, seulement s'il en fait demande, son poste consulaire. Il s'agit d'une obligation positive à la charge de l'Etat dans lequel un ressortissant étranger est détenu. La Cour le juge ainsi, en effet, dans l'affaire *Avena* :

«l'obligation sans équivoque de fournir l'information consulaire en vertu de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 n'appelle pas de conjectures sur les préférences de la personne arrêtée, qui pourraient justifier de ne pas l'informer. Elle donne plutôt à la personne arrêtée le droit, une fois informée, de dire qu'elle ne souhaite néanmoins pas que son poste consulaire reçoive une notification.» (*Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 46, par. 76.)

Toutefois, la Cour précise au préalable que

«Cet alinéa [alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36] contient trois éléments distincts mais liés entre eux : le droit de l'intéressé d'être informé sans retard des droits qui lui sont reconnus par ledit alinéa ; le droit du poste consulaire de recevoir sans retard notification de la mise en détention de l'intéressé, si ce dernier en fait la demande ; et l'obligation de l'Etat de résidence de transmettre sans retard toute communication adressée au poste consulaire par la personne détenue.» (*Ibid.*, par. 61 ; les italiques sont de moi.)

Nature et portée de l'obligation d'informer l'étranger arrêté ou détenu contenue dans l'article 36 à la lumière de l'objet et du but de la convention de 1963

17. Certes, dans l'affaire *LaGrand*, la Cour conclut que, compte tenu du libellé de ces dispositions, le paragraphe 1 de l'article 36 crée des droits individuels, estimant que «la clarté de ces dispositions, lues dans leur contexte, ne laisse en rien à désirer» (affaire *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 494, par. 77).

Et c'est, logiquement, à cause de cette supposée «clarté», que la Cour a choisi de ne pas recourir aux règles classiques d'interprétation telles que reprises dans l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités.

18. A cet égard, et sans vouloir remettre en cause cette conclusion, je me permets de douter de cette affirmation catégorique de la Cour. Lorsque l'on place la disposition concernée de l'article 36 dans le contexte général de la convention, loin d'être «clairs», son sens et sa portée seraient plutôt à rechercher.

On observe, *premièrement*, que le but et l'objet de la conclusion d'une convention internationale sur les relations consulaires, comme l'indique le préambule, sont de «contribuer ... à favoriser les relations d'amitié entre les pays». *Deuxièmement*, l'article 36, qui est intitulé «Communication avec les ressortissants de l'Etat d'envoi», commence par la phrase : «afin que l'exercice des fonctions consulaires relatives aux ressortissants de l'Etat d'envoi soit facilité». Il est clair que cette clause ramène la portée de l'article 36 à celle d'une disposition destinée uniquement à faciliter l'exercice des fonctions consulaires relatives aux ressortissants de l'Etat d'envoi. *Troisièmement*, en vertu de l'article 5 a) de la convention, les fonctions consulaires consistent notamment à «protéger dans l'Etat de résidence les intérêts de l'Etat d'envoi et de ses ressortissants, personnes physiques et morales, dans les limites admises par le droit international». Par ce contexte des fonctions consulaires, on se rend bien compte que, ici, la règle de l'interprétation selon le sens naturel et ordinaire des termes employés ne peut être absolue. L'interprétation ne devrait pas mettre de côté le but et l'objet de la conclusion d'une convention internationale sur les relations consulaires qui, comme l'indique le préambule, sont de «contribuer ... à favoriser les relations d'amitié entre les pays» et, spécialement, de permettre à l'Etat d'envoi, d'exercer ses fonctions consulaires.

19. Ainsi, d'une part, les indications de la convention elles-mêmes ne semblent pas corroborer la tendance inaugurée par l'interprétation donnée dès 2001 dans l'affaire *LaGrand*, faisant du droit d'être informé reconnu à l'étranger arrêté ou détenu, un droit de l'individu exclusivement, tendance qui assimile purement et simplement cette matière à celle des droits de l'homme pour la soustraire totalement à celle de la protection diplomatique ou consulaire.

Ce n'est donc pas tout à fait sans raison que les Etats-Unis pouvaient interpréter l'article 36, dans le contexte et à la lumière de l'objet et du but de la convention en concluant que :

«La situation de l'individu au regard de la convention découle du droit reconnu à l'Etat partie à celle-ci, agissant par l'intermédiaire de ses fonctionnaires consulaires, de communiquer avec ses ressortissants. Le traitement réservé aux individus est indissociablement lié au droit de l'Etat et en découle.» (Contre-mémoire des Etats-Unis, p. 84, par. 100.)

20. L'examen des travaux préparatoires confirme cette manière de procéder, il est important de rappeler le débat qui a eu lieu sur l'utilité de mentionner les droits reconnus aux individus, le débat portant surtout sur la façon dont l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 36 devrait aborder la question de la capacité du ressortissant étranger à communiquer avec un fonctionnaire consulaire.

Le texte initial proposé par la CDI était ainsi rédigé :

«Les autorités compétentes doivent avertir, sans retard injustifié, le consulat compétent de l'Etat d'envoi, lorsque, dans les limites de sa circonscription, un ressortissant de cet Etat est incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention.» (A/CONF.25/6, Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, vol. II, A/CONF.25/16/Add.1, p. 24.)

Ce texte ne faisait pas mention des droits des individus et le commentaire qui l'accompagnait indiquait clairement que ce qui comptait c'était la capacité des fonctionnaires consulaires à accomplir leurs fonctions

21. Un certain nombre de délégations estimaient que la convention devrait reconnaître le droit personnel d'un ressortissant étranger de communiquer avec les fonctionnaires consulaires de son pays, mais cette question a donné lieu à une grande controverse qui n'a pas permis de dégager un consensus clair. Au cours des négociations sur l'article 36, la délégation du Venezuela s'est opposée à la première phrase du paragraphe 1 *a*) du projet de la CDI qui concernait les droits des ressortissants de l'Etat d'envoi de communiquer avec le consulat compétent et de s'y rendre, en soutenant que cette phrase n'était pas à sa place dans une convention sur les relations consulaires, précisant que :

«les étrangers qui se trouv[aient] dans l'Etat de résidence [devaient] être soumis à la juridiction de cet Etat et qu'il n'y [avait] pas lieu de les viser dans une convention sur les relations consulaires» (Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, vol. I, comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la première et de la deuxième commission, A/CONF.25/16, p. 358, par. 32 (séance du 14 mars 1963 de la deuxième commission)).

22. C'est ainsi que l'on aboutit à inverser l'ordre de présentation de l'alinéa *a*) du paragraphe 1 de l'article 36 de sorte qu'il mentionne d'abord le droit du consul à communiquer avec l'individu et ensuite le droit de l'individu à communiquer avec le consul. (*Ibid.*, p. 361, par. 2, amendement proposé par le Venezuela et d'autres Etats.)

De ce fait, ce qui est mis en relief c'est que la situation de l'individu au regard de la convention découle du droit reconnu à l'Etat partie à celle-ci, agissant par l'intermédiaire de ses fonctionnaires consulaires, de communiquer avec ses ressortissants, le traitement réservé aux individus étant indissociablement lié au droit de l'Etat, il en découle.

La spécificité des droits énoncés à l'article 36, paragraphe 1, et l'interdépendance des trois droits énoncés à l'alinéa *b*)

23. Nous avons vu que, dans l'affaire *Avena*, la Cour établissait un lien entre les trois éléments énoncés à l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36, même si elle affirmait qu'ils étaient distincts ; il faut dire qu'elle l'avait déjà fait dans l'affaire *LaGrand* dans des termes très explicites qui qualifiaient ce lien comme une interdépendance (*C.I.J. Recueil 2001*, p. 492, par. 74). Mais, dans l'affaire *Avena*, la Cour ajoutait quelque chose d'extrêmement important :

«Les conclusions à tirer en droit de cette interdépendance dépendent nécessairement des faits de l'espèce... Il y a lieu de réexaminer l'interdépendance des trois alinéas du paragraphe 1 de l'article 36 à la lumière des faits et circonstances particuliers de la présente espèce.» (*Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2004* (I), p. 52, par. 99-100 ; les italiques sont de moi.)

Par rapport à cela, on sait que la République démocratique du Congo soutenait qu'il découle du lien d'interdépendance entre le droit à l'information de l'Etat d'envoi ou de la nationalité et le droit à l'information de l'étranger incarcéré ou détenu que «*si ce droit n'a pas été violé à l'égard de la Guinée, il n'a pu l'être à l'égard de M. Diallo*» (réponse de la République démocratique du Congo à la question posée par un juge, voir document GC 2010/15).

Pour la défenderesse, en effet, l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne crée certes un «droit individuel» (*LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 494, par. 77), mais un lien qui est inextricablement lié au droit de l'Etat d'envoi de communiquer avec ses ressortissants par l'intermédiaire des agents consulaires. Elle

fait valoir, pour cela, que, en dépit de sa dimension individuelle, ce droit demeure étroitement lié à ceux de l'Etat lui-même. Finalement, la République démocratique du Congo soutient que l'individu et son Etat d'envoi sont mutuellement titulaires du droit à l'information (GC 2010/15, 27 avril 2010, p. 1-2). C'est ce qui lui permet de mettre en exergue le fait que le but de ce droit à l'information est de faciliter l'exercice des fonctions consulaires relatives aux ressortissants de l'Etat d'envoi, ce qui confirme que ce droit individuel est étroitement lié aux droits de l'Etat lui-même et que le traitement réservé aux individus est indissociablement lié au droit de l'Etat et en découle.

24. Comme dans l'affaire *Avena*, la Cour, plutôt que d'en faire une lecture première fondée sur une «clarté» dont l'analyse fait pour tout le moins douter, aurait pu utilement procéder à une interprétation de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), par rapport à son contexte et par rapport à l'interdépendance des droits qui y sont énoncés, *à la lumière des faits et circonstances particuliers* de l'affaire qui oppose la Guinée à la République démocratique du Congo comme le recommande la Cour elle-même dans son arrêt *Avena*. Ne pas le faire a conduit la Cour à appliquer des considérations purement théoriques. A cet égard, il faut souligner que la Guinée défend sa position en se basant sur l'interprétation que la Cour a faite de cette disposition conventionnelle dans l'affaire *LaGrand* et l'affaire *Avena*, même si les problèmes juridiques qui s'étaient posés ainsi que les circonstances desdites affaires diffèrent sensiblement de ceux du cas d'espèce.

Les faits et circonstances de la présente espèce montrent, au contraire des deux affaires susmentionnées, que le fait que la République démocratique du Congo n'aît pas informé M. Diallo de ses droits n'a pas empêché la Guinée d'exercer le droit qui lui confère le paragraphe 1 de l'article 36. Certes, cette information «aurait pu faciliter la mise en œuvre du système de protection consulaire» (voir affaire *LaGrand*, par. 74), mais, dans la perspective de l'objet de l'obligation pesant sur l'Etat de résidence, on ne peut être indifférent au fait que les autorités guinéennes soient incontestablement informées ou, surtout, qu'elles aient pu, comme elles le reconnaissent elles-mêmes, exercer leur fonction consulaire. De telle sorte que le manque d'information ne pouvait avoir pour effet l'impossibilité pour la Guinée d'exercer ses droits de protection consulaire de son ressortissant. De fait, nous sommes bien dans un cas où la situation de M. Diallo n'était certainement pas ignorée des autorités guinéennes qui en ont été au courant dans le temps «utile» où elles auraient pu agir, quitte à reprocher aux autorités congolaises, si tel était bien le cas, de ne pas avoir respecté la procédure en la matière. Le cas que nous avons ici n'est donc pas le même que celui des frères *LaGrand* dont le sort fut en quelque sorte caché et est resté ignoré des autorités allemandes tout le temps où une action diplomatique était encore possible ; l'Allemagne a été empêchée d'agir par l'omission américaine d'informer les frères *LaGrand* de leurs droits. Il n'est donc pas totalement fondé de déconsidérer sans autre forme de procès l'argument congolais selon lequel l'information aurait été donnée verbalement. Pour une information qui, effectivement, ne peut être donnée que verbalement, on ne peut parler d'absence de «commencement de preuve» ni de tout autre élément qui étaierait un comportement verbal. On aurait dû considérer comme sans valeur une déclaration de l'intéressé, M. Diallo, interrogé treize ans après les événements, prétendant pour la première fois que les autorités congolaises ne l'avaient pas informé de son droit de demander la protection de l'ambassade de son pays (réplique de la République de Guinée, vol. II, annexe I : procès-verbal d'audition de M. Ahmadou Sadio Diallo, établi le 29 octobre 2008 par M^{es} Boubacar Télimélé Sylla et Aboubacar Camara). D'autant plus qu'il n'y a pas eu de preuve contraire, impossible d'ailleurs à administrer, et que la prétendue violation de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de cette convention par le Congo n'a causé aucun préjudice à la Guinée, ne l'ayant pas empêchée d'être au courant de l'incarcération et, plus tard, de l'expulsion de M. Diallo et, donc de le protéger.

Ma position sur les prétendues violations des droits propres d'associé de M. Diallo

25. Selon la République démocratique du Congo, la question qui se pose est celle de savoir si «l'expulsion de M. Diallo du territoire congolais aurait entraîné une violation des droits propres de M. Diallo en tant qu'associé dans les sociétés Africom-Zaïre et Africontainers» (contre-mémoire de la République démocratique du Congo, par. 2.02 ; duplique de la République démocratique du Congo, par. 2.05). Elle fait observer à cet égard qu'en ordonnant l'expulsion de M. Diallo en 1996, elle n'a porté atteinte à aucun droit propre de cet individu en tant qu'associé. Il s'agit donc de savoir si la République démocratique du Congo a posé des actes visant ou non directement les droits propres de M. Diallo.

Exigibilité ou opposabilité des droits propres d'associé

26. La Guinée assimile une atteinte aux droits de la société, entraînant un préjudice pour les actionnaires, à la violation de leurs droits propres, c'est-à-dire, elle assimile une violation des droits des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre à une violation des droits de M. Diallo. Par contre, une telle confusion altère 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».

A cet égard la Guinée a prétendu, comme lors de l'arrêt du 24 mai 2007, que l'arrestation, la détention et l'expulsion de M. Diallo ont non seulement eu pour effet «de l'empêcher de continuer à administrer, à gérer et à contrôler toutes les opérations des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre», *mais ont précisément été motivées par la volonté de l'empêcher d'exercer ces droits, de poursuivre les actions en justice initiées pour lesdites sociétés et de récupérer, ce faisant, leurs créances.*

27. Certes, l'expulsion est une mesure contre l'individu qui a pu avoir une incidence dans sa situation d'associé. Ceci ne suffit pas, comme la Cour a statué dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, pour engager la responsabilité d'un Etat. Il faudrait examiner si les mesures prises par la République démocratique du Congo étaient directement dirigées contre les droits de M. Diallo en tant qu'associé, ou si par contre, elles étaient dirigées contre l'individu et collatéralement ont pu affecter ses droits d'associé ou leur exercice.

28. Mais, pour rejeter les réclamations guinéennes, la Cour ne reprend que ce raisonnement qu'elle avait déjà suivi dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, 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». Elle a ainsi procédé à la vérification pour chaque droit revendiqué par la demanderesse, pour voir si le Congo avait pris des actes «dirigés contre [ces] droits en tant que tels» et constater que l'allégation était fausse, erronée parce qu'en fait le droit revendiqué au profit de M. Diallo appartenant aux sociétés (paragraphe 119 de l'arrêt), ou que la décision congolaise n'a pas porté atteinte au droit évoqué (paragraphes 134, 137, 138 et 148 de l'arrêt). La Cour se devait également de répondre aux allégations de la Guinée sur le caractère *intuitu personae* des sociétés concernées. La demanderesse fait valoir que, dans les sociétés privées à responsabilité limitée (SPRL), les parts sociales ne sont pas librement transmissibles, ce qui accentue considérablement le caractère *intuitu personae* de ces sociétés, très différentes à cet égard des sociétés anonymes. Ce caractère aurait été encore plus marqué pour les sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre dans la mesure où M. Diallo se serait retrouvé être l'unique gérant et le seul associé de celles-ci. Selon la Guinée, «en fait comme en droit, il était impossible de distinguer M. Diallo de ses sociétés» (réplique de la Guinée, par. 2.90 ; affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 604, par. 56).

Aux fins de sa démonstration, la Guinée dénonce ce qu'elle appelle «les ingérences de la République démocratique du Congo» «dans le droit de propriété de M. Diallo sur ses parts sociales...», les «ingérences» par les «arrestations et détentions», par les arrestations et l'expulsion, les «ingérences» par l'expropriation des sociétés dont il n'est nulle part tenté de prouver l'existence ainsi que les «ingérences judiciaires».

La Cour répond à ces allégations (particulièrement, aux paragraphes 155-157), en restant fidèle aux solutions développées et adoptées par elle dans l'affaire de la *Barcelona Traction*.

29. Mais, il me semble que c'était l'occasion de réaffirmer le principe, impliqué dans cette démarche, qui est que les droits propres d'associé, qu'ils soient «fonctionnels» ou «patrimoniaux», ne sont exigibles ou opposables qu'à la société elle-même parce qu'ils naissent, se déploient et s'exercent dans le cadre des rapports entre la société et ses associés ou actionnaires ; ils s'analysent ainsi comme des créances de ceux-ci vis-à-vis de celle-là. C'est à cause de cela que lorsqu'ils sont atteints par des actes dirigés contre les droits de la société, l'associé ne peut se retourner que contre cette dernière. C'est également la raison pour laquelle, la responsabilité d'un tiers ne peut être sollicitée que si ses actes ont visé ces droits en tant que tels.

Notion d'ingérence dans le droit des sociétés

30. L'autre règle de principe est celle de la notion d'ingérence qui serait susceptible de porter atteinte aux droits propres d'associé. La Guinée s'y réfère mais en fait une application mal à propos lorsqu'elle allègue des «ingérences dans le droit de propriété de M. Diallo», se traduisant en particulier par les mesures d'arrestation, de détention et d'expulsion, dans la mesure où ces mesures plaçaient M. Diallo dans l'impossibilité «de gérer ses sociétés, de participer aux activités de leurs organes, ainsi que de contrôler ses parts sociale et d'en faire usage» (réplique de la Guinée, par. 2.86-2.88). Par ailleurs, elle fait allusion à des ingérences par lesquelles «les autorités congolaises ont décidé de suspendre l'exécution de larrêt rendu en l'affaire *Africontainers c. Zaïre Shell* en faveur de la société demanderesse» (*ibid.*, et paragraphe 150 de l'arrêt). Or, ces «ingérences», pour autant qu'elles soient établies, ne seraient pas dirigées contre les droits d'associé «comme tels», mais pourraient, à la limite, déterminer un éventuel déni de justice, moyen auquel la Guinée a renoncé.

Mais, les «ingérences» susceptibles de porter atteinte aux droits propres d'associé «en tant que tels» sont celles qui interviennent dans le fonctionnement de la société ou dans les rapports entre la société et ses associés. De fait, en tant que les droits propres d'associé ne sont exigibles qu'à l'égard de la société et dans le cadre de ses rapports avec les associés, les actes d'un tiers ne peuvent être considérés comme attentatoires aux droits propres d'associé «comme tels» que s'ils représentent des actes d'ingérence ainsi définis. Aucune logique ne peut faire que des actes visant un associé comme individu, à titre personnel, comme l'arrestation, la détention ou l'expulsion de M. Diallo, se transforment en ingérences dans le sens défini ci-dessus et visant les droits d'associé «en tant que tels» dans le fonctionnement de la société ou dans les rapports entre la société et ses associés.

31. Le Congo donne un bon exemple de telles ingérences en répondant à ces arguments de la Guinée en faisant valoir que celle-ci «n'a pas démontré que la République démocratique du Congo a donné l'ordre à la société Africontainers de ne pas permettre à M. Diallo de contrôler ses opérations» (CR 2010/4, p. 14, par. 15).

Cette thèse est celle développée dans l'affaire de la *Salvador Commercial Co.*, évoquée par les deux Parties, en particulier par la République démocratique du Congo en ses exceptions préliminaires (par. 2.35). Bien que cette affaire semble relever d'un jugement en équité, elle

illustre parfaitement bien la notion d'ingérence. Le tribunal précise, en effet, que les autorités salvadoriennes avaient adopté des mesures qui visaient directement les droits propres des actionnaires vis-à-vis de leur société. La sentence arbitrale, indiquant ces actes d'ingérence, mentionne le remplacement arbitraire d'administrateurs de la société salvadorienne par d'autres administrateurs apparemment à la solde de l'Etat, la convocation de réunions d'organes dirigeants de la société sans avertir les actionnaires américains majoritaires, le refus de laisser consulter certains documents de la société à ces actionnaires, etc. (*Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XV, p. 474-475), constatant que par ces mesures, le Salvador avait entravé directement les droits des actionnaires vis-à-vis de leur société.

32. Par contre, dans les circonstances de la présente espèce, rien ne laisse penser que les autorités congolaises se soient ingérées de cette manière dans le fonctionnement interne des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre. La Cour arrive à la même conclusion, mais il m'avait semblé nécessaire de mieux motiver celle-ci que n'a pu le faire le raisonnement quelque peu elliptique déployé dans l'arrêt.

(Signé) Auguste MAMPUYA.
