

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE AD HOC MAMPUYA

Objet et cause du différend : ambiguïté et amalgame entre le mauvais traitement d'un ressortissant guinéen et les créances de sociétés congolaises — Nécessité de percer «le cœur du différend» — protection des droits de sociétés congolaises et protection d'un national par substitution aux sociétés — Exigence de l'existence d'un différend interétatique et nouveauté de certaines réclamations et défaut de notification — Inexistence de différend international pour une partie de la requête dans l'espèce jugée — Identité et continuité dans le temps entre l'objet des réclamations internes et des réclamations internationales — Différence et discontinuité des réclamations dans la présente affaire — Droits propres d'actionnaire — Les prétendus faits internationalement illicites doivent avoir été dirigés directement contre les droits propres de l'actionnaire en tant que tels — Epuisement des voies de recours internes et nouveauté des réclamations.

J'ai globalement voté avec la majorité de la Cour, notamment en faveur du dispositif conclusif de l'arrêt qui déclare la requête de la Guinée recevable mais seulement dans les limites claires indiquées par l'arrêt de la Cour ; toutefois, j'ai maintenu mes formelles réserves dont j'ai fait état à la Cour sur un certain nombre de points. J'aimerais expliquer ce vote favorable au dispositif principal et surtout l'objet de mes réserves sur ces autres aspects.

La Cour elle-même le confirme dans son arrêt, la vérité est que l'affaire a été présentée sous les plus mauvais auspices, l'objet de la requête formulé d'une manière ambiguë, tandis que les Parties sont demeurées dans une sorte de dialogue de sourds et ont eu tout au long de la procédure un comportement contradictoire ; ceci a amené la Cour à préciser plus d'une fois qu'elle a été obligée d'adapter son raisonnement et sa démarche à la manière dont les Parties avaient présenté les faits ainsi que leurs moyens de droit. Il en a résulté un flottement qui a, à mon avis, lourdement affecté le raisonnement mais aussi l'opinion de la Cour sur différents points de fait et de droit rencontrés dans l'espèce.

1. La première exception congolaise

Qualité de la requête : ambiguïté et amalgame

Aussi bien dans ses écritures qu'au cours des plaidoiries, la Guinée prétend fonder son droit d'exercer la protection diplomatique sur deux niveaux, celui des droits de la personne du ressortissant guinéen M. Diallo, et celui de la protection de son ressortissant actionnaire au sein de sociétés congolaises. Mais, le premier volet de l'action guinéenne est présenté en un lien très intime avec l'objet du différend et de la requête tel que l'interprète la Guinée devant la Cour, en rapport avec les mauvais traitements qu'aurait subis son ressortissant de la part des autorités congolaises, tandis que la protection de l'actionnaire est envisagée par le demandeur sur la base des «droits propres» d'actionnaire et sur celle, particulière et directement liée aux créances de deux sociétés, de la substitution de l'actionnaire à ces deux sociétés congolaises dont il serait l'actionnaire principal.

Je ne dois pas avoir réussi à faire adopter la thèse selon laquelle, toutefois, ces trois statuts différents (droits individuels, droits d'actionnaire et substitution) ont, à travers la protection des droits de deux sociétés, Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, un arrière-fond omniprésent qui, dans la présentation des faits et dans les conclusions du demandeur, prend le dessus sur les droits propres du ressortissant guinéen. Il me semblait que la Cour dût procéder à un nécessaire éclairage sur l'objet réel du différend qui lui était soumis, la confusion et l'amalgame constamment entretenus par le demandeur dans toutes ses écritures comme dans ses plaidoiries ayant couvert d'un voile et présenté dans des conditions de doute le véritable objet de l'instance, voguant

continuellement entre le mauvais traitement d'un ressortissant guinéen et les créances de sociétés congolaises. Une telle démarche eût eu le mérite de vérifier et de dire que la requête guinéenne portait sur un objet principal, les droits et les créances des deux sociétés contrôlées par M. Diallo dont le sort aurait pu affecter les autres objets, à vrai dire secondaires ou subsidiaires dans la démarche du demandeur lui-même. Ce constat m'a semblé important, car il est le seul à expliquer pourquoi le République démocratique du Congo (RDC) fonde sa première exception préliminaire de défaut de qualité de la Guinée par le fait que «sa requête» vise «essentiellement à obtenir la réparation pour des dommages résultant de la violation de droits des sociétés qui ne possèdent pas sa nationalité», c'est-à-dire le non-paiement des créances dues à ces deux sociétés de nationalité congolaise. Tout le malaise ressenti par la Cour s'explique par ce passage continu de ces prétendues violations des droits des sociétés à celles des droits de M. Diallo, tandis que le malentendu et le flottement ont constamment persisté, en particulier dans le fait qu'en relation avec l'exception de non-épuisement des recours internes les deux Parties n'ont argumenté qu'à propos des voies de recours exercées par les sociétés devant les juridictions congolaises.

Certes, on ne peut contester à un Etat partie à un différend le droit de modifier, même jusqu'au dépôt des dernières conclusions à l'issue de la phase orale, la présentation qu'il fait du différend et de ses prétentions auprès des juridictions afin de mieux soutenir sa cause.

Mais dans le cas de la Guinée, nous avons deux requêtes, et tout au long de la procédure le demandeur n'a cessé de passer de l'une à l'autre ou encore d'en amalgamer le contenu. La première requête est, telle que le Greffe de la Cour en a fait notification aux membres le 7 octobre 1998, datée du 23 septembre 1998, référencée No.1794/MAE/DAJC/98, transmise par une lettre du 21 août 1998 (No.1579/MAAE/DAJC) qui a pour objet «Requête au *paiement contre le Gouvernement de la République démocratique du Congo*» «*relative au paiement des créances dues à M. Ahmadou Sadio Diallo, un ressortissant guinéen installé depuis plus de trois décennies dans ce pays et qui, pour avoir réclamé le paiement de ses créances dues par l'Etat et des sociétés installées au Zaïre a été emprisonné durant deux mois et quinze jours et expulsé du Congo en 1996*». La requête elle-même précise, quant à elle, en guise d'objet de la requête, que le ressortissant guinéen était expulsé et «dépouillé par cette expulsion illégale et arbitraire des ses avoirs bancaires, mobiliers et immobiliers, des retombées de ses entreprises ainsi que de *ses nombreuses créances vis-à-vis de l'Etat lui-même et de nombreuses sociétés privées installées sur son territoire*» (requête du 23 septembre 1998, p. 2 ; les italiques sont de moi) ; suivaient, rattachées à la requête, des «notes préliminaires» exposant des éléments de fait et de droit, ainsi qu'un jeu de pièces diverses (voir la lettre d'accusé de réception et celle de transmission de documents du Greffe de la Cour en date du 28 septembre). Dans ses conclusions présentées dans cette requête, la Guinée demandait à la Cour de déclarer la recevabilité de la requête et, quant au fond, d'ordonner à la RDC la présentation des excuses officielles et publiques à la Guinée, de constater le caractère certain, liquide et exigible des créances, constater que «ces créances doivent être endossées par l'Etat congolais», condamner la RDC à verser des sommes d'argent représentant les préjudices financiers subis par M. Diallo, les dommages-intérêts de 15 %, ainsi que les intérêts bancaires et moratoires de 15 % (pour les sommes en dollars américains) et 26 % (pour les sommes en zaïres, la monnaie nationale zaïroise alors en circulation).

Pour fonder la recevabilité de cette requête, dans la deuxième partie de ses «notes préliminaires» consacrée aux éléments de droit, la Guinée crut suffisant de n'évoquer, en vertu de l'article 93, paragraphe 1, de la Charte de l'Organisation des Nations Unies, que sa qualité de Membre des Nations Unies et *ipso facto* partie au Statut de la Cour, ainsi que l'article 35 du Statut de la Cour qui stipule que «[l]a Cour est ouverte aux Etats parties au présent Statut». La Guinée n'ayant indiqué aucune base de la compétence de la Cour en cette espèce, le greffier l'invita à «bien vouloir [lui] faire savoir dans les meilleurs délais ce qu'il en est», conformément au paragraphe 2 de l'article 38 du Règlement de la Cour (accusé de réception du Greffe en date du 28 septembre 1998).

Il n'était pas inutile, pour comprendre les confusions que je relève ici, d'évoquer ces circonstances brouillées et emmêlées du dépôt de la requête guinéenne. Le premier fait est qu'à ces dates la Guinée n'avait pas encore souscrit la déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour, la RDC l'ayant fait, quant à elle, le 6 février 1989. Cela explique l'invitation faite par le Greffe d'indiquer la base de la compétence de la Cour en l'affaire dont elle était saisie. Mais, cela explique aussi qu'au lieu d'indiquer cette base, alors inexistante, la Guinée dut déposer une autre requête datée du 23 décembre 1998 (N° 2290/MAE/CAB/98, lettre de transmission N° 2289/MAE/CAB/98), non sans avoir pris soin de signer et de déposer dans la précipitation, le 11 novembre 1998, la déclaration du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour qui manquait en août et septembre 1998.

Nous avons, en cette requête du 23 décembre, une véritable «nouvelle requête», même si la Cour n'avait autorisé aucun acte de procédure sur la base de la requête irrégulière du 23 septembre, sans pourtant l'avoir rejetée. Cette dernière requête est vraiment «nouvelle», même si le mémoire fait un amalgame révélateur, se référant à la requête introduite par la lettre du 21 août et «reçue au Greffe de la Cour le 25 septembre suivant», parle d'une requête qui «a été régularisée le 28 décembre 1998» (mémoire de la Guinée, par. 1.3). Comme nous allons le voir, en fait, il ne s'était agi que d'une régularisation. La requête du 23 décembre fait appel à d'autres moyens de droit : elle a pour objet «Requête aux fins de protection diplomatique» ; elle précise l'objet du «différend», qui serait que M. Diallo était «incarcéré», «spolié de ses importants investissements, entreprises et avoirs mobiliers, immobiliers et bancaires» et puis «expulsé» alors qu'il poursuivait le recouvrement d'importantes créances de ses entreprises. Cette nouvelle requête fournit une précision, toute nouvelle, importante, selon laquelle la Guinée s'adresse à la Cour «après de vaines tentatives de règlement amiable», cette précision est reprise dans le mémoire qui évoque «plusieurs démarches diplomatique» tentées en vain «pour obtenir du Zaïre, ... qu'il fasse droit aux demandes en réparation de M. Diallo, injustement réduit à l'indigence la plus totale» (mémoire de la Guinée, par. 1.2) ; elle se termine en concluant que la Guinée est fondée à agir contre la RDC qui

«a violé ... de grands principes du droit international : le principe du traitement des étrangers selon «le standard minimum de civilisation», l'obligation de respect de la liberté et de la propriété des étrangers, la reconnaissance aux étrangers incriminés du droit à un jugement équitable et contradictoire rendu par une juridiction impartiale» (*ibid.*).

Le problème n'est pas celui de l'irrégularité d'une requête unilatérale dont la Cour n'a pas tenu compte parce que non fondée sur une déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour ni sur une quelconque clause compromissoire, ni même, selon l'article 38, paragraphe 5 du Règlement de la Cour, sur un consentement postérieur du défendeur. D'autant plus que, notifiée dès le 28 septembre 1998, la RDC, qui aurait pu se prévaloir de ce défaut de base de la compétence de la Cour pour s'opposer à toute instance devant la Cour, n'avait pas réagi négativement à la requête guinéenne, sans doute pour des raisons certes compréhensibles d'une agression qui a provoqué la mort de près de cinq millions de Congolais et un profond climat d'insécurité en sept ans, mais qui n'ont aucune pertinence ici. Le problème n'est pas non plus que la Guinée ait subrepticement reconnu après coup la compétence de la Cour.

Certes, aussi, dans cette nouvelle démarche, la Guinée a laborieusement tenté de découpler sa requête des créances des sociétés contrôlées par M. Diallo, en affirmant dans son mémoire, «pour lever d'emblée toute ambiguïté», «qu'elle prend fait et cause pour l'un de ses nationaux, et agit pour faire respecter les *droits propres* de celui-ci *en tant que personne et en tant qu'actionnaire et dirigeant des sociétés...*» (mémoire de la Guinée, par. 1.12 ; les italiques sont de moi), et que «M. Diallo est privé de *ses droits d'actionnaire*» (mémoire de la Guinée, par. 1.13 ; les italiques sont de moi), ajoutant dans ses observations sur les exceptions préliminaires de la RDC que «la République de Guinée ne prétend exercer sa protection diplomatique qu'à l'égard de son ressortissant, M. Sadio Diallo, en ses diverses qualités» (observations de la Guinée, par. 0.10).

Mais, on se rend compte que l'objet de la première requête, «au paiement contre le Gouvernement de la République démocratique du Congo», «relative au paiement des créances dues à Monsieur Ahmadou Sadio Diallo» demeure la toile de fond constante de toutes les démarches ultérieures du demandeur, au point de, parfois, submerger le détachement affecté dans quelques-unes de ses assertions. On ne peut apprécier une telle démarche, même et surtout aux fins de la recevabilité de la requête, en faisant abstraction de l'objet réel du différend. La Cour ne peut pas se contenter des assertions tactiques des Parties jouant avec elle au chat et à la souris ; elle se doit de crever le voile et découvrir le vrai différend dissimulé derrière.

Dans cette perspective, d'une part le non-paiement des créances apparaît très clairement comme le cœur du différend mais aussi de la requête, dès les premières lignes des «notes préliminaires» accompagnant la requête de la Guinée, donc pour l'expliquer et l'éclairer, les mêmes que celles qui avaient été attachées à la requête irrégulière de septembre 1998. On y voit dès le début, présentés en première partie comme «éléments de fait» (du différend), non seulement le capital de l'une des sociétés de M. Diallo, mais aussi et surtout l'alignement de ses nombreuses créances, créances contre l'Etat congolais (A) et créances contractuelles (B), dont les longs détails couvrent toute cette première partie. D'autre part, dans la deuxième partie de la requête ayant pour objet «les éléments de droit», on peut lire au point III (le bien-fondé de la protection diplomatique) que, «[a]ttendu que la Guinée *le protège de même que les sociétés qu'il a créées* et qui lui appartiennent» (mémoire accompagnant la requête, p. 32 ; les italiques sont de moi). Tout comme, malgré les précautions prises, le mémoire de la Guinée n'a pas pu éviter d'insister de nouveau sur les créances, tentant d'assimiler le recouvrement de ces créances à un droit d'actionnaire, lorsque, au point 1.16, il remarque que, «en particulier, M. Diallo se trouve dans l'incapacité de *recouvrer les créances considérables qu'il possède*» (les italiques sont de moi), mais nous savons que ce sont les créances des deux sociétés congolaises.

Par ailleurs, l'exposé des faits n'était nulle part l'expulsion de M. Diallo, celle-ci n'apparaissant que brièvement, paradoxalement dans les «garanties légales *des créances*», le point II de la deuxième partie sur les éléments de droit, et assez longuement dans le point III «du bien-fondé de la protection diplomatique», sous forme de la violation des conventions relatives aux droits des étrangers, alors que les conclusions de la requête sont les mêmes qu'en septembre et, évidemment, s'intéressent exclusivement aux créances. Le flou est d'autant plus artistique que la requête datée du 25 septembre 1998 n'a pas été retirée ni remplacée par une autre mais simplement «régularisée le 28 décembre 1998» (mémoire de la Guinée, par. 1.3), «en fonction des *recommandations de forme* [que le greffier de la Cour avait bien voulu lui faire]» (c'est ce que note la lettre de transmission du ministre guinéen des affaires étrangères, en date du 23 décembre ; les italiques sont de moi). Nous savons que la régularisation porte uniquement sur l'indication de la base de la compétence de la Cour et celle de l'agent du demandeur, ainsi que le lui avait conseillé le greffier de la Cour en sa lettre du 28 septembre 1998 (GEN 98/97 *bis*), tandis que, concrètement, la requête du 23 décembre conserve les mêmes motivations et les mêmes prétentions que celles du 25 septembre dont l'objet était si clairement le recouvrement des créances.

De fait, après avoir indiqué

«[q]u'au total, la réparation due à la Guinée devant couvrir tout le préjudice matériel et moral devra porter sur la perte subie [*damnum emergens*] et sur le manque à gagner [*lucrum cessans*] sans oublier les intérêts sur les sommes allouées à raison des délais entre la survenance du préjudice et sa réparation effective» (requête, p. 36),

le demandeur, ayant ainsi précisé que «le préjudice» réside dans ces «sommés» représentant le *damnum emergens*, le *lucrum cessans* et les intérêts, conclut :

«Par ces motifs ;

«*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 ;

.....

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 hauteur de 15% de la condamnation principale soit 4 700 202 883, 26 dollars et 2 131 062 430, 9 Z ;

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 sous la rubrique des créances diverses ;

Ordonner à la République démocratique du Congo de présenter dans 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 serait produit, autoriser l'Etat de Guinée à saisir les biens de l'Etat 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.» (Requête, p. 36 ; les italiques sont dans l'original.)

De même, dans les conclusions présentées dans son mémoire, la Guinée montre que ces créances sont le véritable objet du différend et de la requête. Elle dit qu'

«en le privant de l'exercice de ses droits de propriété et de direction des sociétés qu'il a fondées en RDC, en l'empêchant de poursuivre le recouvrement des nombreuses créances qui lui sont dues, à lui-même et auxdites sociétés, ... en ne s'acquittant pas de ses propres dettes envers lui et envers ses sociétés, la République démocratique du Congo a commis des faits internationalement illicites qui engagent sa responsabilité envers la République de Guinée» (mémoire de la Guinée, par. 5.1,1 ; les italiques sont de moi).

Réclamant une réparation due sous forme d'indemnisation que, contrairement à la requête, le mémoire, comme c'est sans doute le droit de la Guinée, n'évalue plus, l'Etat demandeur ajoute néanmoins que l'indemnisation doit couvrir «l'ensemble des dommages causés ... y compris le manque à gagner, et [doit] comprendre les intérêts» (mémoire de la Guinée, par. 5.1, 1-3 ; les italiques sont de moi).

A la suite de ces conclusions, la Guinée, par un élément supplémentaire, confirme que le contentieux commercial portant sur les créances des sociétés Africom et Africontainers est bien le véritable objet du différend :

«La République de Guinée prie en outre la Cour de bien vouloir l'autoriser à présenter une *évaluation du montant* de l'indemnité qui lui est due à ce titre ... dans une phase ultérieure de la procédure au cas où les deux Parties ne pourraient s'accorder sur son montant dans un délai de six mois suivant le prononcé de l'arrêt.» (Mémoire de la Guinée, par. 5.2 ; les italiques sont de moi.)

Parallèlement, dans ses exceptions préliminaires, le défendeur lui-même s'en tient même au différend tel qu'il semble naître, par tous ces éléments, du non-paiement des créances dues aux sociétés de M. Diallo. C'est, en effet, sur la base du différend ainsi perçu, que la RDC soulève ses deux exceptions portant sur l'irrecevabilité de la requête aux motifs, notamment, que le différend porte sur les créances appartenant à des sociétés congolaises et que, dans cette affaire, la Guinée et son protégé n'auraient pas épuisé les voies de recours internes.

Par ailleurs, jusque dans ses observations sur les exceptions préliminaires de la RDC, la Guinée n'a cessé de, partout, se référer aux affaires des deux sociétés en les collant au sieur Diallo, attribuant à ce dernier les recours internes exercés par les sociétés ou au nom des sociétés (observations de la République de Guinée, par. 3.9. et 3.15, pratiquement toutes les sections 1 et 2 du chapitre consacré à l'exception relative à l'épuisement des recours internes), l'associant aux sociétés dans la propriété des créances (exemple : observations de la République de Guinée, par. 3.4).

Enfin, lors de son premier tour de plaidoiries, la Guinée a, cette fois si expressément et sans plus se cacher derrière l'individu Diallo, rappelé à la Cour que «trois «personnes» différentes sont protégées par la République de Guinée dans cette affaire. Son ressortissant, M. Diallo, mais aussi deux sociétés dont M. Diallo était unique gérant et associé...» (CR 2006/51, p. 52, par. 7.)

Il est légitime, pour tout le moins, de se demander dans ces conditions quel est, au milieu de ce flou, le véritable objet de la requête guinéenne.

Il me semble que la Cour se soit laissé convaincre par ces «actes de divertissement» que soupçonnait le juge Ranjeva dans sa déclaration relative à l'affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)* (arrêt, C.I.J. Recueil 2003, déclaration du juge Ranjeva, p. 220, par. 3) qui, alors et dans la cause présente, donnent un caractère purement artificiel à l'objet du prétendu différend et de la requête tel qu'à la fin le présente la Guinée, sans rapport avec la cause qui est à la base de la protection diplomatique. Elle aurait pu même procéder au «perçement du véritable cœur du différend» opposant les Parties à la présente instance, afin de s'interroger, au-delà du *quid*, sur le *cure* qui permet de pénétrer la cause de l'affaire ; cette question se pose certes pour le fond mais, dans le cas d'espèce elle se pose encore plus au niveau de l'examen de la recevabilité.

Sous un autre point de vue, le perçement du véritable cœur du différend aurait contribué à régler sur de meilleures bases, y compris juridiques, le vrai litige : tandis que la tactique de la Guinée, prétendant avancer la situation personnelle de son ressortissant, aura eu un effet pervers en entrant en conflit avec les intérêts directs de ce dernier. En effet, comme nous le montrent les écritures guinéennes, c'est M. Diallo et son conseil qui ont provoqué la protection diplomatique, motivé par l'espoir de voir les autorités de son pays l'aider à récupérer les créances litigieuses et non par le souci de voir effacer une quelconque atteinte par les conditions de son expulsion. D'autant plus que, ainsi que nous allons le voir plus loin, sur l'expulsion et les droits d'actionnaire du ressortissant guinéen, il n'a pas surgi de différend entre la Guinée et la RDC.

Sauf profond respect dû à la Cour, il est incontestable que le véritable objet et, même, la cause du différend, malgré leur dilution de la part du demandeur principal, résident dans les créances impayées des sociétés congolaises Africom et Africontainers. En tout état de cause, il est légitime de se demander dans quelle mesure la Cour n'aurait pas dû considérer que l'auteur d'une telle requête a, sinon commis un abus de procédure, du moins «n'a pas fait connaître l'objet de sa demande dans les conditions de précision et de clarté correspondant aux exigences d'une bonne administration de la justice» (*Phosphates du Maroc, arrêt, 1938, C.P.J.I. série A/B n° 74* (citant le contre-mémoire de la France), p. 16) et, donc, déclarer sa requête irrecevable, même si le défendeur n'a usé de cette argumentation que brièvement dans ses plaidoiries (CR 2006/50, p. 41). En tout cas, à son propos, il ne me semble pas que la Cour, si elle s'était posé dans ce sens la question, pût à coup sûr répondre, comme en 1938 à la préoccupation de la France, que «les précisions qui ont été apportées permettent de se former une idée suffisamment claire de l'objet de la demande contenue dans la requête» (*Phosphates du Maroc, exceptions préliminaires, arrêt, 1938, C.P.J.I. série A/B n° 74*, p. 21), sinon qu'il s'agit des créances présentées dans les conclusions du demandeur. C'est, en effet, l'objet des conclusions que de refléter ce que le plaideur déduit des faits et motifs qu'il allègue ; or, les conclusions de la Guinée visent en demande principale le paiement, avec intérêts, des créances, propriétés de sociétés qui n'ont pas sa nationalité, bien qu'elle ait pris soin de se dissimuler derrière la façade des droits de la personne de son ressortissant.

Dans ces conditions, même si le défendeur n'a pas opposé d'exception pour *obscuri libelli*, il revenait selon moi à la Cour sans qu'il puisse lui être reproché d'avoir statué *ultra petita*, d'aller au-delà du seul motif tiré de l'absence du *jus standi*, pour examiner la qualité de la requête elle-même et en tirer les conclusions dans la mesure où la demande principale porte en réalité sur les droits et intérêts de sociétés congolaises. A mon avis, ce n'est qu'après cet examen préalable que la Cour aurait pu alors se demander si, concernant les créances des sociétés, cœur du différend, la requête pouvait s'avérer recevable sur base de la théorie de substitution avancée par le demandeur ; ce n'est également qu'après cet examen que la Cour pouvait passer aux autres griefs.

Au lieu de cela, mais sans justifier son option, la Cour a implicitement crevé à sa manière le cœur du différend, au différend réel elle a préféré le différend artificiel en estimant, malgré tout cet amalgame aveuglant, que la requête portait nettement et clairement sur les droits individuels et droits propres d'associé d'un ressortissant guinéen, n'abordant l'aspect que j'évoque ici que sous l'angle indirect de la théorie de substitution. Et sur ce point, non convaincu par la démarche implicite de la Cour, j'ai maintenu mes réserves, que je développe ici.

Je n'ai pas, pour autant, voulu voter contre la recevabilité de la requête pour défaut de *jus standi* de la Guinée, parce que les objets secondaires et subsidiaires de la requête privilégiés par la démarche de la Cour méritaient d'être examinés, en particulier parce que présentés dans le cadre du respect des droits de l'homme. Une autre raison explique mon vote : il m'a semblé en effet qu'en rejetant par son arrêt les prétentions guinéennes de protéger les droits des deux sociétés sur la base d'une prétendue règle générale du droit international d'action par substitution qui serait une exception à la norme classique rappelée par l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, la Cour confirme ainsi cette dernière. De ce point de vue, l'état actuel du droit international ne permet pas de constater l'existence d'une règle coutumière consacrant la protection diplomatique par «substitution», à laquelle une partie de la doctrine, interprétant inexactement l'arrêt *Elettronica Sicala S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie)*, tout comme les travaux de la CDI, donnaient l'impression d'adhérer. Finalement, la Cour s'en tient à son rôle de régler les différends qui lui sont soumis en appliquant le droit international positif *de lege lata*, signifiant par là que, quelle que soit la fonction de développement progressif du droit qu'elle puisse se reconnaître, ce dernier ne saurait consister en l'édiction d'une norme nouvelle par la Cour ou, encore, anticiper, ainsi que l'en priait la Guinée, au regard des travaux de la CDI dont la conclusion reste ainsi, comme c'est de règle pour tous ses projets, réservée aux Etats. La Cour renforce en plus cette règle, nonobstant le fait, avancé avec insistance par la Guinée, qu'il s'agit ici non de sociétés anonymes au centre de l'affaire de la

Barcelona Traction, mais de sociétés privées à responsabilité limitée (S.P.R.L.). A la suite de la Guinée (CR 2006/51, p. 46-50 et CR 2006/53, p. 38-41), il a été en effet prétendu qu'un caractère *intuitu personae* marque celles-ci et aboutit à confondre la société et ses associés surtout s'il n'existe qu'un seul associé comme fut présenté le cas des sociétés contrôlées par le ressortissant guinéen au RDC, avec la conséquence qu'il conviendrait alors d'écarter la règle générale de la protection diplomatique qui ne viserait que les sociétés anonymes et, indépendamment de la théorie de substitution, recevoir l'action de M. Diallo ainsi que celle de son Etat de nationalité. Mais cette différence entre sociétés anonymes et S.P.R.L. est sans pertinence dans la mesure où la conséquence à laquelle s'était tenue la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction* est la distinction des personnalités juridiques et des patrimoines entre la société et ses actionnaires. Le présent arrêt rappelle judicieusement ce que la Cour avait déjà dit : «il est ... inutile d'examiner les multiples formes que prennent les différentes entités juridiques dans le droit interne» (C.I.J. Recueil 1970, p. 34, par. 40), affirmant que «[c]e qui importe, du point de vue du droit international, c'est de déterminer si celles-ci sont ou non dotées d'une personnalité juridique indépendante de leurs membres» (paragraphe 61 de l'arrêt) et que «[c]eci demeure la règle fondamentale en la matière, qu'il s'agisse d'une S.P.R.L. ou d'une société anonyme» (paragraphe 62 de l'arrêt). En raisonnant autrement, la Cour aurait, soit péremptoirement modifié le droit congolais des sociétés qui reconnaît cette classification, certes, mais attribue sans distinction une personnalité juridique indépendante, avec toutes les conséquences de droit, à toutes les formes de sociétés, anonymes ou S.P.R.L., soit choisi d'ignorer sans raison le droit interne d'une partie dans une matière et dans un cas où, justement, c'est ce droit seul qui est applicable. C'est donc à juste titre que la Cour rejette la prétention guinéenne. Cependant, tout en refusant d'appliquer la théorie de substitution, la Cour renonce à examiner un moyen de droit ayant constitué la majeure partie de l'argumentation de la Guinée selon laquelle la substitution, telle qu'exprimée par l'article 11, paragraphe *b*) du projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique, serait une exception consacrée par le droit international coutumier (paragraphe 93 de l'arrêt). Je pense, au contraire, qu'on aurait pu s'attendre à ce que la Cour examinât cette question de la valeur de cette proposition de la CDI argumentant la thèse guinéenne, tant que ses destinataires, les Etats, ne l'ont pas encore adoptée comme nouvelle norme et, enfin, trancher. On peut en effet, à la suite de ceux qui se sont penchés avec expertise sur la question, considérer que «[l]es solutions sont trop diverses pour qu'on puisse affirmer qu'elles sont une preuve ou qu'elles constituent une norme de droit international coutumier» (Diez de Velasco Manuel, «Protection diplomatique des sociétés et des actionnaires», *RCADI*, 1974 – I, p. 145 ; les italiques sont de moi). Tandis que la CDI elle-même affirme que :

«La jurisprudence est tout aussi peu concluante [que la doctrine et la pratique des Etats]. Les sentences rendues dans les affaires *Alsop*, *Cerruti*, *Orinoco Steamship* et *Ziat Ben Kiran*, qui sont parfois citées à l'appui d'une exception en faveur du droit des actionnaires de demander réparation, n'apportent pas vraiment de force à cet argument. Les sentences rendues dans les affaires *Baasch & Romer* et *Kunhardt* sont, au mieux, vagues mais pourraient être interprétées comme étant contre l'exception en question, étant donné que, dans ces affaires comme dans d'autres affaires les commissions mixtes vénézuéliennes ont rejeté les recours formés au nom des actionnaires des sociétés de nationalité vénézuélienne.» (CDI, *op.cit.*, par. 70 ; les italiques sont de moi.)

De même, en général à propos de toutes ces thèses fondées, comme celle-ci, sur le contrôle économique, on peut encore affirmer comme la CDI qu'«il est douteux qu'une règle en faveur du contrôle économique bénéficie de nos jours de l'appui de la majorité des Etats» (A/CN.4.530, par. 36). Une éventuelle exception ne serait introduite que lorsque les Etats, actuellement saisis de ce projet d'articles, se seront prononcés dans le sens de son article 11, paragraphe *b*).

Soudaineté des réclamations, discontinuité des griefs et inexistence de différend

Dans le cadre de cette première exception, j'ai encore des réserves sur le procédé de la Cour pour la rejeter s'agissant des droits individuels et des «droits propres d'associé» de M. Diallo. C'est que le début des plaidoiries a renforcé l'impression que celles-ci amenaient devant la Cour un autre différend que celui dont l'avait saisie la requête, portant essentiellement sur ces droits du ressortissant guinéen, même si par la suite la guinée réintroduisait l'amalgame entre ces derniers et les créances dues aux deux sociétés congolaises. Il apparaissait ainsi, certes, avec les plaidoiries, un différend secondaire à travers les prétendues violations à ces droits et un différend subsidiaire relatif à la protection par substitution. L'examen de ces nouveaux litiges par la Cour s'est déroulé sans à aucun moment voir si leur soudaineté et leur nouveauté n'étaient pas de nature à affecter la qualité de l'action guinéenne.

La première question qui aurait pu être examinée est, sans doute, celle de savoir si, en matière de droits privés de personnes, un éventuel différend entre les Etats concernés peut naître directement dans l'ordre juridique interne de l'Etat auquel les violations alléguées sont imputées ou dans l'ordre international. Il ne s'agit pas nécessairement du débat sur les conditions de naissance d'un différend à soumettre à la Cour, mais il me semble logique de se demander si le différend dont est saisie la Cour a existé lors de ces violations alléguées de ces droits de M. Diallo dans l'ordre interne ou dans le fait que l'Etat national ayant sans succès pris fait et cause de son ressortissant devant les autorités compétentes de l'Etat prétendument fautif, il en naît un différend interétatique. Selon l'article 38 de son Statut, la Cour a reçu mission «de régler, conformément au droit international, *les différends* qui lui sont soumis» (les italiques sont de moi). Il faut donc que du fait illicite allégué soit né un différend juridique entre les Etats concernés pour que la Cour en connaisse. Ce n'est pas la seule saisine de la Cour par une requête qui crée, fait naître ou fait constater le différend. La seule existence d'un fait internationalement illicite au détriment d'un ressortissant étranger ne constitue pas en elle-même un différend entre l'Etat de ce dernier et l'Etat auteur du prétendu fait internationalement illicite, le litige demeurant interne tant que l'Etat de nationalité n'a pas soulevé l'illicéité et élevé une réclamation devant l'Etat auteur du fait. Il ne s'agit pas ici de négociations diplomatiques que certaines clauses de juridiction prévoient comme condition préalable à la saisine de la Cour, mais d'une pure logique que suit habituellement la Cour aux fins d'établir l'existence d'un différend interétatique par-delà les faits dont serait victime un individu.

C'est de cette manière que, dans une pratique constante, il est toujours procédé devant la Cour, en cas de requête unilatérale. Il suffirait de citer ici l'une des plus anciennes affaires soumises à la Cour, celle des *Phosphates du Maroc (exceptions préliminaires)*. Le demandeur lui-même, l'Italie, établit qu'un différend est né des faits dont ses ressortissants auraient été victimes. En effet, après avoir exposé tous les faits, notamment les actes qu'elle estimait illicites de la part des autorités chérifiennes et de celles de la puissance protectrice ainsi que *l'opposition persistante des thèses*, y compris sur la nature du règlement du litige, l'Italie en conclut que «*le différend juridique qui en est surgi*, n'ayant pu former l'objet d'un compromis d'arbitrage à cause de la persistante attitude évasive du Gouvernement de la République [française], est soumis à la Cour par voie de requête unilatérale» (*arrêt*, 1938, *C.P.J.I. série A/B n° 74*, p. 14 (citant la requête du Royaume d'Italie) ; les italiques sont de moi). Parallèlement, le défendeur dans la même instance, la France, pour sa part, estime sur un autre grief, qu'un différend n'ayant pas surgi sur une partie des faits soulevés, ceux-ci ne pouvaient faire l'objet de la réclamation devant la Cour : «Attendu que cette question n'a fait l'objet d'aucun examen par la voie diplomatique, et qu'en conséquence elle *ne saurait être déférée à la Cour par voie de requête sur la base des déclarations* par lesquelles la France et l'Italie ont accepté la juridiction obligatoire de la Cour.» (*Ibid.*, p. 17 ; les italiques sont de moi.) Je signale que la Cour permanente a répondu à cette objection, sans rejeter le principe, au contraire même, en indiquant que «les négociations diplomatiques préalables ont embrassé tout entière la controverse soumise à la Cour...», faisant pour cela, en particulier, état «[de] les clairs avertissements donnés par les intéressés, l'ambassade italienne et l'agent du gouvernement royal» et «les deux notes remises» à M. Laval et au Quai d'Orsay (*ibid.*, p. 19).

Ainsi, aussi, dans l'affaire de l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie (avis consultatif (première phase))*, l'une des questions auxquelles devait répondre la Cour était ainsi libellée : «*Ressort-il de la correspondance diplomatique entre [les trois Etats] et certaines Puissances alliées et associées ... qu'il existe des différends ?*» (C.I.J. Recueil 1950, p. 74 ; les italiques sont de moi) pour lesquels une procédure de règlement est prévue par les traités. C'est, sur la base de la définition selon l'arrêt relatif aux *Concessions Mavrommatis en Palestine*, après avoir examiné la correspondance diplomatique échangée entre les Etats concernés, et observé que les points de vue des deux Parties étaient nettement opposés, en particulier que certains Etats avaient porté contre d'autres des accusations que ceux-ci repoussaient, que la Cour en a conclu que des différends internationaux s'étaient produits :

«*Dans la correspondance diplomatique qui a été soumise à la Cour, le Royaume-Uni, agissant de concert avec l'Australie, le Canada et la Nouvelle-Zélande, et les Etats-Unis d'Amérique ont accusé la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie d'avoir enfreint, à divers égards, les dispositions des articles qui, dans les traités de paix, ont trait aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales ; ils ont invité les trois gouvernements à prendre des mesures de redressement afin d'exécuter les obligations que leur imposent les traités. Les trois gouvernements, d'autre part, ont repoussé ces accusations. Il s'est donc produit une situation dans laquelle les points de vue des deux parties, quant à l'exécution ou à la non-exécution de certaines obligations découlant des traités, sont nettement opposés. En présence d'une telle situation, la Cour doit conclure que des différends internationaux se sont produits.*» (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 74 ; les italiques sont de moi.*)

La Cour a rappelé ces mêmes termes dans l'affaire de l'*Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, mettant en évidence la nécessité, indépendamment de simples affirmations ou contestations des faits, de déterminer l'existence d'un différend entre l'Organisation et les Etats-Unis. A cet effet, elle a rappelé la résolution 42/229 B du 3 mars 1988 par laquelle l'Assemblée générale confirmait

«la position du Secrétaire général qui a constaté l'existence d'un différend entre l'Organisation des Nations Unies et le pays hôte quant à l'interprétation ou l'application de l'accord entre l'Organisation des Nations Unies et les Etats-Unis d'Amérique relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies...»,

et à «l'attitude opposée des parties établissait clairement l'existence d'un différend» (*Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, C.I.J. Recueil 1988, par. 35 ; les italiques sont de moi.*)

Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* (compétence et recevabilité), la Cour constate

«qu'il n'est pas douteux que dans les circonstances où le Nicaragua a présenté sa requête à la Cour et d'après les faits qui y sont allégués, il existe un différend entre les Parties : notamment quant à «l'interprétation» ou à «l'application du traité» (*arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 428, par. 83 ; les italiques sont de moi.*)

On retrouve la même préoccupation dans l'arrêt du 30 juin 1995 dans l'affaire du *Timor oriental* (*Portugal c. Australie*) (C.I.J. Recueil 1995, p. 99-100, par. 22), ainsi que dans l'arrêt du 11 juillet 1996 relatif à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (*Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie*) (C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 614-615, par. 29).

Dans une affaire toute récente (*Activités armées sur le territoire du Congo* (nouvelle requête : 2002) (*République démocratique du Congo c. Rwanda*), arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 40, par. 90), la Cour commence par rappeler la définition donnée du différend par l'arrêt des *Concessions Mavrommatis* et reprend sa propre jurisprudence qui décide que «[p]our établir l'existence d'un différend : «Il faut démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition systématique de l'autre.»» (Les italiques sont de moi.) A l'appui de cela, la Cour donne la longue liste des affaires où il avait été ainsi décidé (*Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 328 ; *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 ; *Timor oriental* (*Portugal c. Australie*), arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 100, par. 22 ; *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie* (*Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni*), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 17, par. 22 ; *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie* (*Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique*), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 122-123, par. 21 ; *Certains biens* (*Lichtenstein c. Allemagne*), arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 18, par. 24). Par la suite, la Cour

«note qu'en l'espèce la RDC a formulé de nombreuses protestations contre les agissements du Rwanda prétendument contraires au droit international relatif aux droits de l'homme, tant au plan bilatéral, à travers des contacts directs avec le Rwanda, qu'au plan multilatéral dans le cadre d'organes internationaux tels que le Conseil de sécurité des Nations Unies et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples de l'Organisation de l'Unité africaine... Quelle que puisse être la qualification juridique de telles protestations au regard de l'exigence de l'existence d'un différend entre la RDC et le Rwanda...» (*Activités armées sur le territoire du Congo* (nouvelle requête : 2002) (*République démocratique du Congo c. Rwanda*), arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 40-41, par. 91 ; les italiques sont de moi).

Même si dans cette affaire la clause compromissoire qui prévoyait la juridiction de la Cour la subordonnait, en plus de cette condition de l'existence d'un différend, à une autre concernant la soumission dudit différend à des négociations entre les deux Etats préalablement à la saisine de la Cour, l'essentiel, aux fins de la démonstration qui nous intéresse ici, est de constater que la Cour confirme qu'il existe bien une «*exigence de l'existence d'un différend*» interétatique, pour engager une procédure devant la Cour mondiale. C'est que, en réalité, cette exigence signifie que ce n'est pas tant des prétendus faits illicites que du différend né de ces faits allégués que la Cour est normalement saisie.

Un différend juridique est constaté lorsqu'il est établi, il ne se présume pas uniquement des faits, encore faut-il que ces faits aient donné lieu, ainsi qu'il en est des créances privées, à une réclamation non satisfaite tel que c'est le sens de la jurisprudence et de la pratique depuis l'arrêt *Mavrommatis*, il ne se produit pas non plus directement par la saisine de la Cour ; les prétendues violations de droits de particuliers, en l'absence d'un différend interétatique, demeurent de simples faits, et non un différend interétatique. Cette exigence, exprimée dans tous ces cas à propos de litiges d'Etat à Etat et portant sur des obligations internationales relatives aux rapports interétatiques directs, vaut encore plus impérativement en matière des droits des particuliers spécialement. Certes, dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains* (*Mexique c. Etats-Unis d'Amérique*), le Mexique avait directement présenté ses réclamations concernant ses ressortissants devant la Cour, mais il avait expressément conçu, et la Cour en avait pris acte, son

action non comme exercice de la protection diplomatique mais comme une requête visant les «violations de la convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963» à laquelle les deux Etats sont parties (requête du Mexique du 9 janvier 2003, p. 1 et *fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, p. 17, par. 1 et p. 28, par. 22).

Une telle exigence d'existence de différend interétatique est d'autant plus logique et compréhensible que, comme le constate et le consigne la CDI dans ses articles sur la responsabilité de l'Etat, il est admis habituellement que l'Etat qui invoque la responsabilité d'un autre Etat lui notifie sa demande, de façon à préciser «a) le comportement que devrait adopter l'Etat responsable pour mettre fin au fait illicite si ce fait continue ; b) la forme que devrait prendre la réparation» (James Crawford, *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat, Introduction et commentaires*, article 43, p. 313-315, Paris, éd. Pedone, 2003). Certes, le seul fait de la violation par lui d'une obligation internationale qui lui incombe est susceptible d'engager juridiquement la responsabilité de l'Etat, mais, comme le dit J. Crawford commentant cette disposition, «la première réaction [de l'Etat lésé] devrait être d'appeler l'attention de l'Etat responsable sur la situation et de lui demander de prendre les mesures voulues pour mettre fin à la violation et réparer» (*ibid.*, p. 313). En réalité, ce n'est que lorsque pareille demande est restée sans réponse ou sans réponse satisfaisante que naît le différend.

De fait, le plus souvent, lorsque l'on évoque la définition du différend, on s'arrête à une partie du travail de définition fourni par la Cour dans son arrêt dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* disant du différend que c'est «un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes» (1924, *arrêt, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 11). Ce faisant, on oublie que la Cour n'énonce cette définition qu'après avoir établi que les conditions d'existence d'un différend sont remplies. Cette opération est menée, dans ce sens, par la Cour dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, lorsqu'elle précise qu'

«il ne suffit pas que l'une des parties à une affaire contentieuse affirme l'existence d'un différend avec l'autre partie. La simple affirmation ne suffit pas pour prouver l'existence d'un différend, tout comme le simple fait que l'existence d'un différend est contestée ne prouve pas que ce différend n'existe pas. *Il n'est pas suffisant non plus de démontrer que les intérêts des deux parties à une ... affaire sont en conflit. Il faut démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre.*» (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 328 ; les italiques sont de moi.)

Et dans cet arrêt de 1962, la Cour procède largement à cette analyse en passant en revue tous les échanges diplomatiques entre les Parties. Encore une fois, on voit bien ainsi que ce dont doit être saisie la Cour ce ne sont pas les faits ou le litige interne, mais le différend qui en naît entre les Etats. La Cour permanente l'avait confirmé à sa manière, dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, lorsqu'elle dit qu'

«il est vrai que le différend a d'abord été celui d'un particulier et d'un Etat, celui de Mavrommatis et de la Grande-Bretagne ; *puis le Gouvernement hellénique a pris l'affaire en mains ; le différend est entré dans une phase nouvelle : il s'est porté sur le terrain international... ; dès lors, la possibilité existe qu'il relève désormais de la compétence de la Cour permanente de Justice internationale*» (1924, *arrêt, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 12 ; les italiques sont de moi).

Le fait que la RDC n'ait pas contesté l'existence d'un différend entre lui et la Guinée n'a aucune espèce d'importance dans la mesure où cette existence est la première condition, objective, pour que soit régulièrement saisie la Cour (selon l'article 38 de son Statut, chargée de «régler les différends...»), et ne peut aucunement limiter le pouvoir de la Cour de vérifier l'existence préalable d'un différend. D'ailleurs, en examinant cette question dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, la

Cour ne le fait pas en tant qu'exception préliminaire soulevée par le défendeur (l'Union sud-africaine) mais, «[a]vant d'entreprendre cette tâche» d'examiner, «au stade actuel de la procédure» les exceptions préliminaires sud-africaines, comme une «question préliminaire touchant l'existence du différend qui fait l'objet des requêtes» (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 328), ne procédant à l'examen des exceptions préliminaires qu'ensuite. Il n'est pas non plus pertinent de prétendre que le défendeur ayant d'emblée accepté la compétence de la Cour, il n'y aurait plus lieu d'examiner cette question : il y a là, de fait, deux problématiques différentes, existence d'un différend et compétence, que la Cour se doit d'examiner l'une et l'autre.

Or, à cet égard, les deux requêtes successives de la Guinée font état de «l'objet du différend», mais, dans les circonstances où elle a présenté sa requête et d'après les faits qui y sont allégués, la Guinée n'établit nulle part, à propos des faits illicites qu'elle impute devant la Cour à la RDC relativement aux mauvais traitements allégués, à l'expulsion et, même, aux droits propres d'associé, à quel moment ni en quels termes s'est manifesté ou a été constaté *le différend juridique* dont la Cour pourrait connaître. La Guinée, sans doute consciente de l'exigence de cette condition d'existence de différend interétatique, cherche à l'établir en prétendant qu'elle n'a saisi la Cour qu'«[a]près de vaines tentatives de règlement amiable» (requête, p. 2), ou après «plusieurs démarches diplomatiques» tentées en vain «pour obtenir du Zaïre ... qu'il fasse droit aux demandes en réparation de M. Diallo, injustement réduit à l'indigence la plus totale» (mémoire de la Guinée, par. 1.2). Il me semble que, rien que pour cela, la Cour aurait pu vérifier ces allégations ; elle aurait pu ainsi constater que non seulement ces allégations de tentatives et démarches diplomatiques qui auraient pu faire éclater l'opposition des thèses, c'est-à-dire le différend, ne se réfèrent qu'au contentieux commercial relatif aux sociétés dont M. Diallo est associé et, que, encore, il ne s'agit que de la correspondance échangée entre les autorités guinéennes elles-mêmes. C'est en vain que l'on cherche un seul, parmi les centaines des documents annexés par la Guinée, qui porte sur une quelconque démarche diplomatique ou autre du Gouvernement guinéen, ministre ou ambassadeur, auprès de l'une quelconque des autorités congolaises. Il est, par ailleurs, symptomatique que même dans sa plaidoirie la Guinée n'en ait plus fait état. En effet, la seule correspondance gouvernementale guinéenne relative à M. Diallo a lieu entre les autorités guinéennes elles-mêmes ou entre le ministre des affaires étrangères et son ambassadeur à Kinshasa, ces échanges de lettres n'ayant du reste comme seul objet que les créances de M. Diallo (mémoire de la Guinée, annexes 203, 216, 217 et 223).

Que le conseil de M. Diallo ait, lui seul, adressé aux autorités congolaises les seules correspondances envoyées à ces dernières figurant dans le dossier, ceci reste dans le cadre de démarches en vue du règlement du litige relatif aux créances des deux sociétés engagées par M. Diallo en tant que gérant desdites sociétés, ne changeant rien au fait qu'aucun document déposé auprès de la Cour ne prouve l'existence de démarches diplomatiques en vue de solder le dossier des prétendues vexations imposées à M. Diallo par son emprisonnement et son expulsion. Bien plus, le dossier en la possession de la Cour ne contient aucune pièce prouvant des démarches officielles auprès de la RDC concernant quelque aspect de l'affaire, même les créances. Certes, la correspondance du conseil de M. Diallo au président de la République démocratique du Congo fait état de «[t]outes les correspondances adressées par le ministère des affaires étrangères de la République de Guinée aux autorités congolaises» qui seraient «restées sans réponse, dans le mépris vexatoire de la courtoisie diplomatique», avant de lui signifier la décision *de son client* «de saisir les instances internationales compétentes pour obtenir justice» (mémoire de la Guinée, annexes 245 et 248, lettre des 4 février et 16 mars 1998, annexes 246 et 249, lettres au ministre de la justice de la RDC en date des 4 février et 16 mars 1998, leur demandant, sur recommandation du secrétaire général du CIRDI, leur agrément pour la saisine de cet organisme d'arbitrage international).

Mais, si le conseil de M. Diallo, certainement de bonne foi, sans toutefois pouvoir vérifier quoi que ce soit, a cru le ministre qui lui avait dit avoir envoyé plusieurs correspondances aux autorités congolaises, le dossier transmis à la Cour et les plaidoiries prononcées en la phase orale n'en contiennent aucune trace.

Bien plus, même la lettre du ministre guinéen des affaires étrangères à l'ambassadeur de Guinée, ayant constaté l'interdiction de séjour qui frappait M. Diallo, évoque l'éventualité en disant «à moins que cette interdiction ne soit levée officiellement» (mémoire de la Guinée, annexe 216), et celle du ministre de la justice de Guinée (mémoire de la Guinée, annexe 212), en date du 11 décembre 1996 (un mois et demi depuis la signature du décret d'expulsion et un mois et demi avant l'expulsion), par laquelle il dit rester à la «disposition pour le suivi du dossier», transmet à son collègue des affaires étrangères *un rapport sur l'expulsion* de M. Diallo et lui expose la «possibilité d'exercer la protection diplomatique» auprès de la RDC, ne font entreprendre aucune démarche dans ce sens. Il n'y a, dans les documents sous les yeux de la Cour, aucune trace d'une simple protestation diplomatique face aux prétendus mauvais traitements et à l'expulsion, pourtant réputés notoires parce que médiatisés, qu'aurait subits M. Diallo ; ce grief, si tant est qu'il ait existé, n'a jamais été porté sur le terrain international pour devenir un différend interétatique.

Enfin, à la suite de cette logique, il est de pratique diplomatique et d'exigence judiciaire constantes que, indépendamment de la condition de l'épuisement préalable des voies de recours internes, le requérant international fasse valoir devant la justice internationale les mêmes griefs que ceux qu'il a portés devant les instances nationales de l'Etat «responsable», «les instances étatiques et internationales devront *examiner les mêmes questions...*», les griefs doivent «*être identiques* et s'en prendre aux *mêmes droits prétendument violés*» (P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, 7^e éd., 2002, p. 814 ; J. Guinant, «La règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le cadre des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme», *Revue belge de droit international*, 1968, p. 476-477 ; les italiques sont de moi). Or, devant les instances nationales congolaises, le demandeur exigeait le paiement des créances des deux sociétés congolaises, tandis que devant la Cour, il s'agit de réparer de prétendus mauvais traitements d'un individu et les violations alléguées des droits propres d'un associé ; un tout autre litige, un tout autre procès. De fait, la réclamation guinéenne, pour autant que, au vu de l'enchevêtrement des argumentations, il soit possible de la limiter au seul prétendu mauvais traitement du ressortissant guinéen, n'apparaît pour la première fois que devant la Cour, surprenant par sa soudaineté le défendeur. Ainsi, n'ayant connu du litige que ce qui a été produit devant la Cour au moment du dépôt de la requête guinéenne, le RDC n'a pas pu évoquer autrement qu'il ne l'a fait le «différend» sur les droits individuels et les droits propres d'associé. Cette problématique est tout à fait indépendante de celle de la compétence incontestable de la Cour acceptée par ailleurs sans réserve par le défendeur.

Sur ces aspects relatifs à la qualité de la requête, *obscuri libelli*, soudaineté des réclamations et discontinuité de griefs, j'ai eu l'impression que la Cour s'éloignait d'une pratique qui me semblait logique, sans que j'ai compris pourquoi, et il ne m'a pas semblé satisfaisant que la Cour ait fait l'économie d'une analyse si utile. Enfin, le fait que la RDC s'est d'emblée joint à la procédure sans élever des réserves ni des objections sur ces points n'a aucune importance ici et, pour répondre à l'intention du défendeur de voir déclarer irrecevable une requête, la Cour «reste libre dans le choix des motifs sur lesquels elle fondera son arrêt et n'est pas tenue d'examiner toutes les considérations présentées par les Parties, si d'autres lui paraissent suffisantes...» (*Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1958*, p. 62).

2. La deuxième exception congolaise

Je rappelle, à sa suite, que la Cour s'est trouvée limitée par le fait que les deux Parties n'ont fait état que des voies de recours exercées par les sociétés sans se préoccuper de celles que devait ou qu'aurait dû exercer M. Diallo pour la défense de ses «droits propres» d'associé ou d'actionnaire (paragraphe 74 de l'arrêt).

Si cet état des choses peut s'expliquer pour le défendeur, la RDC, qui a calqué ses exceptions préliminaires sur l'objet du différend tel qu'il fut présenté par la requête, mais toutefois sans adapter ses moyens juridiques aux nouveaux griefs exprimés par le demandeur, cela est moins compréhensible de la part de ce dernier, la Guinée, qui a eu le temps de «corriger» sa démarche en y introduisant des prétendues violations des droits individuels et des droits propres d'associé de son ressortissant, mais toutefois sans indiquer qu'à leur strict propos toutes les voies de recours auraient été épuisées ou se seraient avérées inefficaces ou inexistantes.

Je me suis trouvé en désaccord avec la Cour sur l'argumentation développée pour rejeter cette deuxième exception. Collant aux allégations de la Guinée, jusqu'aux plus contestables, la Cour a admis, d'une part, qu'il n'existerait pas dans le système juridique congolais de voies de recours contre la mesure d'expulsion ayant frappé M. Diallo et, d'autre part, que l'existence des recours contre les violations alléguées des droits propres d'associé de ce dernier est tributaire de son expulsion.

La thèse guinéenne suivie par la Cour était que le RDC a délibérément expulsé M. Diallo pour l'empêcher d'exercer ses droits d'associé et que, par elle-même, son expulsion a violé ses droits propres d'associé. Dans les propos de la Guinée, il s'est entretenu comme une idée d'un complot de la part de la RDC contre M. Diallo, jusque et y compris dans l'argument selon lequel la RDC aurait délibérément camouflé derrière une mesure de «refoulement», non susceptible de recours, l'expulsion dont M. Diallo était frappé ; cette thèse, exposée au paragraphe 46, rejallit sur le raisonnement de la Cour au paragraphe 73 de l'arrêt. D'une part, en approuvant cette interprétation, la Cour fait comme si M. Diallo ignorait qu'il était frappé d'expulsion, s'était comporté comme s'il savait au contraire qu'il était refoulé et s'était en conséquence abstenu d'exercer des recours d'ailleurs non prévus dans ce cas. Or, l'échange de correspondance entre les autorités guinéennes montre qu'elles étaient au courant de ce décret «portant expulsion d'une personne étrangère de la République du Zaïre», alors même que l'objet de ces deux mesures est différent, on expulse d'un pays quelqu'un qui y réside déjà et on refoule celui qui n'arrive encore qu'à la frontière. D'autre part, une telle imputation est d'autant plus inutilement dommageable à un Etat qu'elle introduit une contradiction, en tout cas une incohérence, avec les paragraphes 47 et 48 de l'arrêt qui développent un argument plus acceptable, plus conforme à la réalité et à lui seul suffisant, qui établit que, en fait ce n'est pas parce qu'il s'agissait, même dans le chef de la RDC, d'une mesure de refoulement que M. Diallo ne pouvait exercer des recours mais c'est parce que la RDC «n'a pas démontré qu'il existait dans son ordre juridique des voies de recours disponibles et efficaces qui auraient permis à M Diallo de contester son expulsion». Certes, il n'appartenait pas à la Cour de rechercher par elle-même l'existence des recours effectifs en droit congolais contre l'expulsion, mais la démonstration simplificatrice rejetant la thèse d'erreur matérielle et qui conduit à assimiler refoulement et expulsion au moment de l'exécution de la mesure d'expulsion de M Diallo ne me semble pas suffisante. J'aurais plus facilement compris l'idée que, selon une jurisprudence incontestable, on peut affirmer qu'étant éloigné du territoire congolais, M. Diallo ne pouvait pas ou n'aurait pas pu exercer ces recours, quels qu'ils soient, tandis que la conclusion que de tels recours n'existent pas me semble être un jugement que fait gratuitement la Cour du système juridique d'un Etat partie à son Statut. Mais par ailleurs, si la RDC n'a pas pu démontrer l'existence de recours contentieux, il a fait état de recours gracieux. Il n'est pas vrai, à cet égard, que les recours gracieux soient à exclusion de l'obligation d'épuiser les voies de recours internes parce qu'ils ne traduiraient qu'une pure pitié ou faveur comme le laisse entendre l'arrêt (paragraphe 47 de l'arrêt). Ceci est important car, si, comme le prétend la Guinée, «la doctrine s'est toujours montrée hostile» au recours gracieux, une autre doctrine, tout aussi crédible, estime que le recours à l'autorité administrative est une voie de recours qui est généralement, aux côtés des recours contentieux, admise comme l'une des voies de recours efficaces à propos desquelles l'épuisement des voies de recours internes est exigé : P. Daillier et A. Pellet disent en effet que le particulier victime de l'acte illicite doit avoir «épuisé tous les recours internes — *gracieux et contentieux* — prévus et mis à sa disposition par l'ordre juridique de l'Etat...» (*Droit international public*, 2002, p. 812 ; les italiques sont de moi). Par ailleurs, alors que l'arrêt laisse entendre qu'il existerait plusieurs formes de recours gracieux, on ne peut pas faire autrement que, par la nature

même du recours gracieux, son issue, à la différence du recours juridictionnel, dépend discrétionnairement de l'autorité administrative compétente, ce qui ne devrait rien enlever à sa valeur en tant que recours.

Quant à la violation des droits propres d'associé de M. Diallo, traitée «comme une conséquence directe de son expulsion», sans doute aurait-il été également utile, sans nécessairement toucher lourdement au fond, de démontrer plus explicitement le lien que l'on prétend établir entre l'expulsion et la violation des droits propres d'associé de M. Diallo. Le débat dès lors eût porté sur, tout au moins comme une simple allégation à démontrer au stade du fond, le fait que la RDC a posé des actes visant ou non directement ces droits propres. De fait, dans la mesure où les droits propres d'associé ne sont exigibles qu'à la société dont la personne est l'associé, ils ne peuvent concerner les tiers qu'à travers des actes incriminés qui, selon l'expression de la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, sont «dirigés contre les droits propres ... en tant que tels», excluant l'hypothèse d'un impact indirect ou collatéral, ou à cause d'ingérences de l'Etat concerné dans le fonctionnement de la société ou dans les relations entre celle-ci et ses associés. C'est ce que démontre la sentence arbitrale dans l'affaire de la *Salvador Comercial Co (RSA, vol. XV, p. 474-475)* qui donne des exemples logiques en visant certains actes d'ingérence, comme le remplacement arbitraire d'administrateurs, la convocation de réunions d'organes dirigeants de la société au mépris des règles statutaires ou sans avertir les actionnaires majoritaires, le refus de laisser certains actionnaires consulter des documents de la société, etc., ou tout autre acte de même nature. Or, nulle part la Guinée, même en réservant la démonstration à la phase de l'examen au fond, n'a prétendu que la RDC a commis des faits internationalement illicites dans ce sens «dirigés contre les droits propres d'associé en tant que tels» de M. Diallo, n'invoquant que la simple incidence d'une mesure dirigée contre l'individu Diallo et non contre ses droits propres d'associé. La démarche différente adoptée par la Guinée et acceptée par la Cour consiste à ne pas examiner si les mesures reprochées à la RDC visaient ou, mieux encore, avaient pour cible directe, les droits propres d'associé de M. Diallo «en tant que tels» ou s'il ne s'agit que d'un effet collatéral d'une mesure visant uniquement l'individu M. Diallo ; elle ne fait aucun cas de la distinction essentielle établie par la Cour elle-même dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Il y a là comme une insinuation que la RDC ne cherchait par cette expulsion qu'à violer les droits propres d'associé, insinuation se comprenant ainsi qu'un procès d'intention, auquel je ne peux adhérer, fait au défendeur en lui attribuant, comme arrière-plan d'une mesure frappant clairement un individu, une intention invérifiable d'atteindre non pas l'individu lui-même mais ses droits propres d'associé. Ce faisant, la Cour a implicitement entériné, au détriment de la formulation claire et juridiquement précise de son arrêt dans l'affaire de la *Barcelona Traction* — «actes dirigés contre les droits propres des actionnaires en tant que tels» — celle de la CDI à l'article 12 de son projet — fait qui «*porte directement atteinte aux droits des actionnaires en tant que tels*» (les italiques sont de moi) ; c'est en effet cette dernière, trop large et ouvrant une véritable boîte de Pandore, qui a inspiré l'argumentation guinéenne qui traite «la violation alléguée des droits propres de M. Diallo en tant qu'associé comme une conséquence directe de son expulsion», argumentation que la Cour reprend à son compte (paragraphe 74 de l'arrêt).

Un autre aspect est à retenir sur l'exception de non-épuisement des recours internes s'agissant des droits propres d'associé. Tout en précisant que les Parties «se sont limitées ... à l'examen des recours ouverts aux sociétés ... sans aborder ceux éventuellement ouverts à M. Diallo en tant qu'associé» (paragraphe 74 de l'arrêt), la Cour rejette néanmoins l'exception congolaise sur une motivation qui note l'absence d'une démonstration par la RDC, que ni la requête ni le déroulement de la procédure ne permet d'exiger du défendeur, de l'existence de voies de recours «qui auraient été distinctes de celles relatives à son expulsion» (*ibid.*) et, donc, estimant qu'il n'existe pas de recours contre l'expulsion, elle en déduit qu'il n'en existe pas non plus contre les éventuelles violations des droits d'associé. En tout cas, la démonstration qui aboutit à cette assimilation entre expulsion, même considérée comme source des violations alléguées des droits propres d'associé, et ces dernières, n'est pas convaincante. Mais, la Cour a éludé la difficulté devant laquelle elle se trouvait du fait qu'aucune conséquence déterminante logique et raisonnable ne peut être tirée du silence des deux Parties concluant à l'existence ou à l'inexistence de voies de

recours propres aux droits d'associé ; elle le fait en décidant que «[d]ans la mesure où il n'a pas été avancé qu'il existait des voies de recours internes que M. Diallo aurait dû épuiser en ce qui concerne ses droits propres en tant qu'associé, la question de l'efficacité de ces voies de recours, en tout état de cause, ne se pose pas» (paragraphe 74 de l'arrêt).

Cette assimilation rapide ne semble pas pouvoir aller de soi ; en effet, les voies de recours contre l'expulsion, spécifiques du fait de la nature même de l'expulsion en tant que relevant du contentieux administratif, ne sont pas les mêmes que celles pour protéger les droits propres de l'associé, qui sont les voies de recours qu'organise le droit congolais comme le montre le cas d'espèce avec les recours exercés par les deux sociétés, démonstration tentée par le défendeur dans une argumentation que l'arrêt présente à son paragraphe 69. La prise en compte d'une différence entre expulsion et droits propres d'associé ainsi que de la distinction des contentieux (administratif ou commercial) relatifs aux deux matières aurait dû conduire la Cour à ainsi reconnaître l'existence de voies de recours en droit congolais en matière commerciale qui se prêtaient aux violations alléguées des droits propres d'associé et à en examiner l'efficacité, quitte à conclure, à cet égard, qu'elles sont inefficaces.

En tout état de cause, le principe de l'identité et de la continuité de l'objet du litige que nous avons évoqué plus avant est ainsi au cœur de la logique et du bien fondé de la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes. Dans la mesure où la réclamation internationale de l'Etat de nationalité ne fait qu'endosser la réclamation déjà portée et traitée devant le juge interne ou les autorités de l'Etat de résidence, un Etat ne peut porter devant la juridiction internationale, au nom d'un particulier, une cause toute nouvelle dont n'ont jamais été saisies les autorités nationales de l'Etat de résidence, et qui ne leur a jamais été notifiée. De ce point de vue, le litige sur les droits propres d'associé de M. Diallo est un nouveau litige qui a fait brutalement irruption directement devant la Cour ; il est clair, en ces circonstances, qu'il n'a pu avoir fait l'objet de recours internes qui auraient dû au moins être tentés. Tout en sachant qu'un recours, quel qu'il soit, n'est pas réputé efficace uniquement quand l'intéressé obtient satisfaction et inefficace quand il est débouté, au moins *«une tentative aurait dû être faite pour épuiser ces recours, si éventuels et théoriques qu'ils pussent être»*, pour citer le juge Lauterpacht (*Certains emprunts norvégiens, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1957*, opinion individuelle du juge Lauterpacht, p. 39).

Selon ce raisonnement, la Cour aurait pu retenir l'exception préliminaire de non-épuisement préalable des voies de recours internes en ce qu'elle a trait à la protection des droits propres dont M. Diallo est titulaire en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre.

(Signé) Augustin MAMPUYA.