

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE *AD HOC* MAHIOU

Atteintes aux droits de l'homme — Arrestation et détention de 1988-1989 — Recevabilité de la demande — Demande nouvelle — Demande tardive — Demande contenue dans la requête — Demande découlant de l'objet de la requête — Jurisprudence de la Cour.

Droit congolais des sociétés et spécificités des sociétés dont M. Diallo est l'unique actionnaire — Droits de M. Diallo et droits des sociétés — Droits propres de M. Diallo comme associé — Droits de l'associé dans la gestion et le fonctionnement des sociétés — Droits de participer aux assemblées générales — Droits de l'associé au regard de la gérance — Droit de surveillance et de contrôle — Droit de procéder à la liquidation des sociétés et droit au reliquat — Problème de l'expropriation indirecte — Droit à réparation.

Tout en souscrivant à beaucoup de conclusions auxquelles la Cour est parvenue dans la présente affaire, il reste que sur les deux points les plus importants concernant, d'une part, la recevabilité de la demande relative à l'arrestation et la détention de M. Diallo en 1988-1989 et, d'autre part, la violation des droits d'associé de M. Diallo dans les deux sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, je ne suis convaincu ni par les conclusions adoptées, ni par l'argumentation déployée pour les justifier, et il convient donc d'indiquer les raisons pour lesquelles je ne peux pas suivre la Cour sur ces points.

1. LA RECEVABILITÉ DE LA DEMANDE RELATIVE À L'ARRESTATION
ET LA DÉTENTION DE M. DIALLO EN 1988-1989

A la suite d'un examen du point relatif à la recevabilité de la demande de la Guinée concernant l'arrestation et la détention de M. Diallo en 1988-1989, la Cour estime qu'il s'agit d'une demande nouvelle qui ne remplit pas les conditions requises permettant de l'inclure dans la procédure engagée depuis 1998; elle conclut que ladite demande est irrecevable parce qu'elle a été présentée tardivement (paragraphe 47 de l'arrêt). Je ne peux pas souscrire à une telle conclusion et je ne suis pas réellement convaincu par l'argumentation qui la soutient, parce qu'elle fait prévaloir une interprétation très rigide et une application excessivement formaliste de la jurisprudence de la Cour.

Il est vrai que les faits concernant l'arrestation et la détention de 1988-1989 ne sont pas mentionnés ou décrits dans la requête introductive de l'instance du 28 décembre 1998, ni dans le document annexé à celle-ci; ils n'apparaissent formellement et pour la première fois que dans les observations de la République de Guinée (dénommée ci-après la « Guinée ») du 7 juillet 2003 sur les exceptions préliminaires de la République démocra-

tique du Congo (dénommée ci-après la «RDC»). Ces mêmes faits sont ensuite repris de façon beaucoup plus détaillée dans la réplique de la Guinée du 19 novembre 2008, qui précise, en outre, qu'ils font «indubitablement partie des faits illicites à raison desquels la Guinée entend engager la responsabilité internationale du défendeur». Il s'agit donc d'une demande additionnelle, et il convient de voir si une telle demande était ou non susceptible d'être accueillie par la Cour.

On sait que la jurisprudence de la Cour ne considère pas comme irrecevable *ipso facto* toute demande nouvelle car «la nouveauté d'une demande n'est pas décisive en soi pour la question de la recevabilité» (affaire du *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 695, par. 110); elle admet que celle-ci est recevable si elle remplit l'une ou l'autre des deux conditions suivantes:

- soit parce qu'elle est contenue dans la requête (*Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 36);
- soit parce qu'elle découle directement de la question qui fait l'objet de la requête (*Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 203, par. 72; *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 266, par. 67).

La raison d'être de ce test en deux temps étant tout simplement la nécessité d'établir un lien suffisamment étroit entre l'objet du différend, tel que défini dans la requête, et la demande additionnelle, pour assurer une bonne administration de la justice et afin de respecter les droits de l'autre partie à l'instance ainsi que les droits des Etats tiers. La Cour a déjà eu l'occasion de dire qu'elle «ne saurait admettre, en principe, qu'un différend porté devant elle par requête puisse être transformé, par voie de modifications apportées aux conclusions, en un autre différend dont le caractère ne serait pas le même» (*Société commerciale de Belgique*, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 78, p. 173).

Dans le cas d'espèce, quels sont le contenu et l'objet de la requête? En se rapportant à la requête précitée du 28 décembre 1998, il est dit de manière très sommaire et plus précisément que M. Diallo a été «injustement incarcéré par les autorités de cet Etat [la République démocratique du Congo], spolié de ses importants investissements, entreprises et avoirs mobiliers, immobiliers et bancaires puis expulsé».

On constate donc que la requête vise de manière assez vague l'incarcération et la spoliation dont M. Diallo a été l'objet, sans faire référence à aucun acte précis. Autrement dit, le contenu et l'objet de la requête initiale *stricto sensu* sont énoncés de manière générale et large, ce qui permet de couvrir incontestablement tout acte d'incarcération ou de spoliation sans précision de période. Il est également important de noter qu'il n'est pas davantage fait référence à l'arrestation et la détention de 1995-1996, qui sont les seuls faits retenus par le présent arrêt de la Cour

comme base de la demande guinéenne. Si l'on s'en tient à la seule requête *stricto sensu*, qui contient, comme le relève la Cour, «un exposé succinct de l'objet du différend» (paragraphe 1 de l'arrêt), les événements de 1988-1989 comme ceux de 1995-1996 sont omis et ils sont donc à ce stade sur le même plan du point de vue de la procédure et de leur statut.

Certes, les événements de 1995-1996 sont mentionnés et décrits dans le mémoire de la Guinée joint en annexe à la requête, lequel mémoire spécifie les faits à l'origine du différend, les moyens de droit et les demandes de la Guinée, alors que les événements de 1988-1989 n'apparaissent pas, tout comme d'ailleurs bien d'autres événements qui ne seront invoqués que dans les phases ultérieures de la procédure et que la Cour a néanmoins retenus. L'arrestation, la détention et l'expulsion de 1995-1996 sont mises en avant parce qu'elles constituent et illustrent l'ultime et dernier acte d'un processus qui a commencé depuis la fin des années 1980 et qui s'est poursuivi jusqu'au moment de l'expulsion en janvier 1996. En effet, les atteintes aux droits de M. Diallo s'insèrent dans un continuum d'actes illégitimes qui se sont succédé pendant toute cette période, et il n'était guère besoin d'énumérer et de préciser chacun d'entre eux dès le stade de la demande initiale, ceux-ci devant être précisés dans la suite de la procédure.

Les faits de 1988-1989 n'ont ainsi pas transformé l'objet du différend défini dans la requête, et la question qui est soumise à la Cour pour décision demeure celle de savoir si M. Diallo a été injustement incarcéré et expulsé par les autorités de la RDC en violation des règles découlant tant du droit interne congolais que des règles internationales engageant la RDC, suite à des tentatives de recouvrement des créances détenues par ses sociétés.

Certes, il y a apparemment quelques différences sur le fondement juridique de l'incarcération de 1988-1989 et celle de 1995-1996, comme l'indique la Cour, puisque, dans le premier cas, l'incarcération reposerait sur une procédure de nature pénale — qui s'est au demeurant révélée infondée — alors que, dans le second cas, elle repose formellement sur une procédure de nature administrative en vue de l'expulsion (paragraphe 43 de l'arrêt). Toutefois, dès que l'on dépasse les apparences et que l'on observe de plus près les faits, les choses se présentent différemment aussi bien en ce qui concerne le motif de l'incarcération que la procédure mise en œuvre.

Le motif réel des deux incarcérations est le même: il s'agit d'entraver ou d'empêcher M. Diallo de recouvrer des créances qui lui étaient dues par un certain nombre d'organismes ou entreprises relevant de l'Etat congolais. Quant à l'incarcération, il ressort clairement des éléments versés au dossier que la première arrestation a eu lieu sur ordre du premier commissaire d'Etat zaïrois (premier ministre), comme l'atteste une lettre datée du 4 juillet 1988, adressée au président du conseil judiciaire du Zaïre et signée du premier commissaire d'Etat (lettre citée par les deux Parties et figurant à l'annexe 15 des observations de la Guinée sur les exceptions préliminaires, en date du 7 juillet 2003). Les arrestations de 1995-1996 ont également été ordonnées par l'autorité exécutive, aux fins

de mettre en œuvre un ordre d'expulsion établi par le premier ministre. Il ressort ainsi clairement que la première comme la deuxième détention de M. Diallo revêtent en réalité un aspect administratif et non pénal; elles ont été prises par l'autorité exécutive en dépassement de son pouvoir, avec une interférence occasionnelle du seul procureur, dont on sait qu'il est sous l'autorité directe de ladite autorité exécutive.

Substantiellement ou matériellement, il n'y a guère de différence entre les deux situations: il s'agit d'une même personne qui, pour les mêmes motifs et à des périodes distinctes, se trouve victime d'arrestations et de détentions arbitraires commises par un commissaire d'Etat ou premier ministre. Par conséquent, la demande de la Guinée relative à l'incarcération de 1988-1989 présente des liens suffisamment étroits avec la demande principale et, loin de modifier l'objet de la requête, elle ne fait que restituer l'enchaînement chronologique des atteintes aux droits de M. Diallo. De ce fait, elle remplit les conditions pour être déclarée recevable.

Par voie de conséquence, et pour paraphraser ce que dit la Cour dans l'affaire du *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes*, la demande relative à la détention de 1988-1989 est implicitement contenue dans la question qui fait l'objet de la requête de la Guinée, à savoir la stratégie d'incarcération arbitraire adoptée par le défendeur à l'encontre de M. Diallo et la violation de ses droits de l'homme qui en découle directement. Les faits de 1988-1989 n'ont aucunement transformé la nature du différend qui est soumis à la Cour.

Il est regrettable que la Cour se soit écartée dans cette affaire de sa jurisprudence établie en matière de demandes nouvelles, qui attachait moins d'importance aux conditions de forme. Par exemple, dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, où le Costa Rica n'avait pas fait figurer sa demande relative à la pêche dans sa requête, mais seulement plus tard dans son mémoire, la Cour a estimé que:

«compte tenu de la relation que les riverains entretiennent avec le fleuve et du libellé de la requête, il existe un lien suffisamment étroit entre la demande relative à la pêche à des fins de subsistance et la requête, dans laquelle le Costa Rica invoque, outre le traité de 1858, «d'autres règles et principes applicables du droit international»» (arrêt, *C.I.J. Recueil 2009*, p. 264, par. 137).

Il me semble que le lien entre l'arrestation de 1988-1989 et l'arrestation de 1995-1996 est aussi étroit et même plus étroit que le lien entre la pêche et les droits de navigation. La demande de la Guinée relative à la détention de 1988-1989, tout en étant nouvelle, ne semble pas contredire les dispositions de procédure régissant la Cour et l'interprétation que celle-ci en donne dans la jurisprudence précitée. Ainsi, la demande de la Guinée relative à l'illicéité de l'arrestation et de la détention de M. Diallo, en 1988-1989, ne constitue qu'une précision supplémentaire sur la matérialité et la continuité des actes illicites reprochés au défendeur et la Cour

aurait dû logiquement prendre en considération cette continuité et ces faits. Comme cela n'a pas été le cas, je ne pouvais que prendre position contre le point 5 du dispositif de l'arrêt.

2. LES DROITS PROPRES DE M. DIALLO EN TANT QU'ASSOCIÉ DES SOCIÉTÉS AFRICOM-ZAÏRE ET AFRICONTAINERS-ZAÏRE

2.1. *La nature et l'ampleur de la participation de M. Diallo dans les deux sociétés*

Il convient, tout d'abord, de rappeler la nature et l'ampleur de la participation de M. Diallo dans les deux sociétés (Africom-Zaïre, ci-après «Africom», et Africontainers-Zaïre, ci-après «Africontainers») qu'il possède et gère afin de mieux comprendre les implications de fait et de droit de cette situation.

Les statuts de la société Africom créée en 1974 n'ayant pas été produits, ni par le demandeur ni par le défendeur, son existence légale découle d'un certain nombre d'autres actes dont notamment les statuts de la seconde société créée par M. Diallo, Africontainers. En effet, c'est l'acte notarié du 18 septembre 1979 portant statuts d'Africontainers (mémoire de la Guinée, annexe 1) qui indique que cette nouvelle société est créée au départ entre trois associés, deux personnes physiques (M. Kibeti Zala, de nationalité guinéenne, et M^{me} Dewast, de nationalité française) et une personne morale, la société Africom, dont il est précisé que :

- celle-ci est immatriculée au registre du commerce de Kinshasa sous le numéro 80.427;
- elle a son siège social avec mention de l'adresse;
- et, enfin, elle est représentée par son gérant M. Diallo, de nationalité guinéenne.

Ce même acte précise que, dans la répartition du capital social de la société Africontainers, Africom bénéficie de 30 % des parts sociales.

Ainsi, c'est par le biais de cet acte notarié du 18 septembre 1979 que l'on dispose de quelques informations sur la société Africom dans la présente affaire et que son statut est confirmé comme société privée à responsabilité limitée, conformément au droit congolais.

Par le biais d'un autre acte notarié du 18 avril 1980, concernant la seconde société Africontainers, on est informé d'un important changement dans la répartition du capital social de celle-ci, puisque la société Africom et M. Diallo deviennent les seuls actionnaires de la société Africontainers. A partir de cette date, Africontainers n'a plus que deux associés, une personne morale, la société Africom, détentrice de 60 % des parts sociales, et une personne physique, M. Diallo, détenteur des 40 % de parts restantes. En outre, M. Diallo est désigné comme le gérant de la société Africontainers en lieu et place du précédent gérant, M. David, de nationalité française.

S'agissant des activités d'Africom, celles-ci apparaissent au cours des années 1980 par le biais de bons de commande, d'échanges de courriers avec un certain nombre de partenaires congolais publics ou privés, s'échelonnant de 1983 à 1996, à propos de créances non honorées notamment par l'Etat congolais, ainsi que de décisions de justice se rapportant à divers contentieux.

En l'absence des statuts de la société Africom, il ressort des actes notariés mentionnés précédemment qu'elle aurait eu, au regard du droit congolais, le statut de société privée à responsabilité limitée. Toutefois, dans les faits, elle serait devenue une société unipersonnelle dans la mesure où M. Diallo en aurait été le seul associé.

S'agissant de la société Africontainers — qui a été créée en tant que société à responsabilité limitée classique, avec trois associés —, elle a évolué vers une société à deux associés dont le dédoublement est largement une fiction pour apparaître, elle aussi, comme une société unipersonnelle. En effet, à côté de M. Diallo, détenteur de 40 % des actions, l'autre associé majoritaire est Africom, qui est elle-même une émanation du seul M. Diallo, de sorte que celui-ci est finalement le seul et unique associé des deux sociétés concernées par la présente affaire : Africom et Africontainers. On aboutit ainsi au résultat selon lequel M. Diallo n'est pas, sur le plan strictement juridique et étroitement formaliste, l'unique associé légal d'Africontainers, mais le devient dans les faits puisque, derrière l'autre associé légal (société Africom), il n'y a plus qu'une seule réalité, M. Diallo lui-même. C'est au demeurant ce que déclare la Cour, dans le paragraphe 114 de l'arrêt, en constatant que «M. Diallo, en tant que gérant comme en tant qu'associé des deux sociétés, dirigeait et contrôlait celles-ci pleinement».

Il y a une telle interpénétration ou osmose entre M. Diallo et ses deux sociétés, tant au plan des faits qu'à celui du droit, qu'il est très malaisé de les dissocier, alors même que cette situation a incontestablement une incidence dès lors que l'on cherche à identifier les droits propres de M. Diallo pour la solution du présent litige. Deux solutions sont possibles :

- soit on déchire le voile des apparences pour prendre en compte la réalité économique et sociale et considérer que l'individu Diallo est effectivement le détenteur de la totalité des parts sociales et, à ce titre, les atteintes portées à l'ensemble de ces parts affectent nécessairement, d'une façon ou d'une autre, ses droits propres ;
- soit on maintient le voile et la fiction de la distinction entre les parts de la société Africom et les parts de l'individu Diallo et, même dans ce cas, les parts sociales de M. Diallo constituent autant de droits propres qu'il est en position de faire valoir, dès lors qu'il y est porté atteinte par les actes ou omissions des autorités congolaises.

2.2. L'importance des parts sociales de M. Diallo

L'importance des parts sociales de M. Diallo dépend naturellement de l'activité économique des deux sociétés dont il est finalement l'unique

actionnaire. La réalité de cette activité est présentée par les deux Parties de façon aussi opposée qu'incertaine. La situation économique n'était ni aussi florissante que le prétend le demandeur, ni en état de faillite comme le prétend le défendeur. Si l'on observe attentivement l'argumentation des Parties, ce qui creuse l'écart dans l'appréciation de la situation, c'est partiellement le fait que les Parties se réfèrent souvent à des périodes différentes de la vie de ces deux sociétés; le demandeur met l'accent sur la période de la décennie 1980 et le début des années 1990, où il y avait incontestablement une activité économique effective et importante, alors que le défendeur met l'accent sur le milieu des années 1990, où l'activité économique avait incontestablement baissé pour diverses raisons, liées aussi bien à une rétraction de l'économie congolaise qu'aux refus ou difficultés rencontrés par les deux sociétés pour recouvrer leurs créances en saisissant les autorités concernées et les juridictions compétentes.

Par ailleurs, la documentation produite est loin de donner toutes les informations adéquates pour une évaluation réellement satisfaisante des activités économiques. L'expulsion de M. Diallo a sans doute empêché l'accès aux documents comptables appropriés et le demandeur n'a pu fournir qu'un certain nombre de documents de nature à permettre une évaluation très approximative des activités des deux sociétés. Il reste que, si ces documents ne constituent pas, d'ores et déjà, une base adéquate pour une évaluation précise de tous les actifs des deux sociétés, les créances qu'elles détiennent sur différents opérateurs (administration congolaise et entreprises publiques congolaises: Gécamines, Zaïre Fina, société PLZ, Zaïre Shell) et dont elles demandent le recouvrement offrent déjà une base permettant d'avoir une certaine évaluation de ces actifs. Il y a lieu de tenir compte également des refus des différents débiteurs congolais d'honorer les créances des sociétés et des interférences des autorités congolaises pour empêcher ou différer le recouvrement; tous ces comportements ont nécessité une énorme mobilisation d'énergie, pendant des années, pour l'unique responsable des deux sociétés en vue de surmonter les obstacles, et il est évident qu'ils ont eu des conséquences négatives sur le déploiement des activités économiques desdites sociétés.

La Partie défenderesse récusé la plupart des évaluations produites concernant généralement les créances sur des opérateurs publics; mais les récusations sont de simples affirmations, très rarement étayées par des preuves; elle se limite à alléguer que les montants ne reposent sur aucune base sérieuse, qu'ils sont exagérés ou fantaisistes, même lorsqu'ils ont été reconnus par les autorités concernées ou validés par les juridictions congolaises. Certes, il est possible que certaines estimations soient discutables ou peu crédibles, encore aurait-il fallu apporter davantage d'éléments d'informations convaincants pour étayer des prétentions qui se présentent comme de simples allégations dépourvues d'éléments probants.

Il ressort des écritures et des plaidoiries des Parties que les sociétés Africom et Africontainers ont cessé leurs activités, mais elles sont en désaccord sur, d'une part, les dates de cette cessation et, d'autre part, l'existence même de ces sociétés à l'heure actuelle. En l'état actuel des

informations produites, il est tout aussi malaisé de déterminer la date précise de cessation de leurs activités sur le plan économique que de savoir quelle est la situation exacte des deux sociétés sur le plan juridique.

S'agissant des activités des deux sociétés, elles ont subi — à l'instar des autres sociétés opérant au Zaïre — les conséquences des graves difficultés politiques, économiques et monétaires qui ont affecté le pays au début des années 1990 et qui ont fait l'objet d'un rapport alarmant de la Banque centrale du Congo (contre-mémoire de la RDC, annexe 2); il est donc normal qu'il y ait eu une rétractation de leurs activités, et l'on peut comprendre que de telles circonstances liées aux conditions économiques générales ne sont pas normalement imputables aux autorités, comme l'a dit la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire *Oscar Chinn* (arrêt, 1934, C.P.J.I. série A/B n° 63, p. 88). Il reste que ces difficultés ne pouvaient que s'aggraver à un degré incomparable avec l'expulsion de M. Diallo à ce moment crucial, ce qui entraîne une déstabilisation des deux sociétés; comme la déstabilisation dure depuis cette date, il est évident qu'aucune société ne peut continuer d'exister réellement après de sérieuses perturbations et une cessation d'activité de près de quinze ans. Cela est d'autant plus vrai que chacune des deux sociétés est, directement et intimement, liée à la personne de M. Diallo, qui en est à la fois l'associé unique et le seul gérant. C'est sans doute là que gît toute la grande particularité ou l'incontestable spécificité de la présente affaire qui ne permet pas de l'appréhender comme d'autres affaires portées auparavant devant la Cour, notamment l'affaire de la *Barcelona Traction* ou celle de la société *Elettronica Sicula*. On reviendra un peu plus loin sur cette particularité et les conséquences qui en découlent.

S'agissant de l'existence juridique, elle peut naturellement se prolonger; toutefois, comme nous le verrons également plus loin, il n'est pas très convaincant de s'en tenir à un simple constat formel en alléguant que les deux sociétés continuent d'exister aussi longtemps que leur mort juridique n'aura pas été constatée conformément aux règles, c'est-à-dire par leur dissolution régulière et leur liquidation totale. Une situation de fait peut aboutir à des conséquences constituant une sorte de mort juridique, quand bien même elle n'est consacrée par aucun acte formel.

2.3. *Les droits de l'associé Diallo dans la gestion et le fonctionnement de ses sociétés*

L'expulsion de M. Diallo ne peut rester sans effets sur les droits qu'il détient et leur exercice en tant que seul associé pouvant assurer la gestion et le fonctionnement des deux sociétés. Cela ressort clairement tant des éléments juridiques que des éléments de fait qui entourent son droit de convoquer une éventuelle assemblée générale, d'y participer et d'y voter.

Tout d'abord, s'agissant de la convocation des assemblées générales, un point de droit oppose les deux Parties pour savoir si une telle décision relève de la seule prérogative de la société, comme le soutient le défendeur, ou si elle est également une prérogative des associés. Il convient

donc de se référer au droit congolais et plus précisément aux dispositions de l'article 83 du décret du 27 février 1887, selon lequel :

«La gérance et les commissaires, s'il en existe, peuvent convoquer l'assemblée générale en tout temps.

Ils doivent la convoquer sur la demande d'associés réunissant le cinquième du nombre total des parts sociales.

Si la gérance ne donne pas suite à cette demande dans un délai convenable, la convocation peut être ordonnée par le tribunal.»

A la lumière de cet article 83, il ressort à l'évidence que, si la décision de convoquer une assemblée générale incombe au gérant et aux commissaires (alinéa 1), les actionnaires ont également le droit de demander la convocation d'une assemblée générale dès lors qu'ils représentent un cinquième des parts sociales (alinéa 2). Une telle demande se traduit par une obligation pour le gérant et les commissaires qui sont tenus d'y procéder.

Etant donné, dans cette affaire, que M. Diallo est sinon l'associé unique, du moins le détenteur à titre personnel d'un nombre de parts sociales supérieur à un cinquième, il détient le droit de convoquer l'assemblée générale. Comme, en outre, il est en fait le seul actionnaire, ce droit devient une sorte de monopole dont la violation est susceptible de recours, comme l'indique la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction* :

«Il est bien connu que le droit interne leur [aux actionnaires] confère des droits distincts de ceux de la société, parmi lesquels le droit aux dividendes déclarés, le droit de prendre part aux assemblées générales et d'y voter, le droit à une partie du reliquat d'actif de la société lors de la liquidation. S'il est porté atteinte à l'un de leurs droits propres, les actionnaires ont un droit de recours indépendant.» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 36, par. 47.*)

Notons que l'énumération donnée par la Cour concerne les droits les plus évidents et n'est pas exhaustive; cela est confirmé par la Commission du droit international dans le commentaire de l'article 12 de son projet relatif à la protection diplomatique de 2006, où elle se réfère à la position de la Cour en indiquant que le soin est laissé aux tribunaux de déterminer, dans chaque cas d'espèce, les limites de tels droits, mais en veillant à bien séparer les droits des actionnaires de ceux de la société, en particulier en ce qui concerne le droit de participer à la gestion de sociétés (rapport de la Commission du droit international, 2006, p. 68).

S'agissant de la participation aux assemblées générales et au vote en leur sein, il est assurément impossible à M. Diallo d'y être présent physiquement du fait de son expulsion. Certes, il y a la possibilité d'une représentation par un mandataire, mais une telle solution n'empêche pas qu'il y a une violation de son droit d'y être personnellement présent.

Dans l'arrêt, la Cour estime que, si M. Diallo a été empêché d'être pré-

sent physiquement à une éventuelle assemblée générale, du fait de son expulsion, il n'a pas été empêché d'agir pour convoquer celle-ci (paragraphe 121) ni de s'y faire représenter par un mandataire (paragraphe 123), et elle en tire la conclusion que l'expulsion n'a donc pas porté atteinte aux droits d'associé de M. Diallo. Donc, tout en reconnaissant qu'il y a là une entrave, elle juge que celle-ci « n'équivaut pas à une privation de son droit de prendre part aux assemblées générales et d'y voter » (paragraphe 126 de l'arrêt). La Cour constate en outre qu'il n'y a eu aucune convocation ni même tentative de convocation d'une assemblée générale, ce qui confirmerait qu'il n'y a pas eu la privation de ce droit. Il y a dans les développements de l'arrêt, sur ce point comme sur quelques autres, une série de déductions formelles et abstraites qui ne rendent pas compte de la réalité des événements et n'empportent pas la conviction.

Au demeurant, la Cour se rend compte de cette situation plus que singulière des droits de M. Diallo et elle s'efforce de l'expliquer, de manière générale et lapidaire, dans le paragraphe 115, en disant que, si elle peut paraître artificielle, cela résulte de la distinction qu'il convient de faire et à laquelle il faut s'en tenir rigoureusement entre les droits de l'actionnaire et les droits des sociétés, conformément à la jurisprudence de l'affaire de la *Barcelona Traction* et en s'en tenant à l'arrêt du 24 mai 2007 dans la présente affaire sur les exceptions préliminaires.

Il est difficile de partager une telle approche et surtout la conclusion qui subordonne la protection d'un droit à un empêchement absolu de son exercice et non à une atteinte à son exercice. Si l'on opte pour une analyse strictement littérale et formaliste des textes, il semble que cela soit un raisonnement logique irréprochable. Mais c'est un raisonnement qui repose sur un modèle de société qui suppose l'existence de plusieurs ou d'au moins deux actionnaires, de manière à ce que l'actionnaire empêché puisse agir pour assurer la convocation et le déroulement de l'assemblée générale. Or, un tel modèle ne peut pas se transposer tel quel pour l'appliquer en quelque sorte mécaniquement à la situation présente de petites sociétés devenues *de facto* unipersonnelles.

Les deux sociétés en cause, dans la présente affaire, ne sont pas des firmes multinationales avec des filiales ou succursales; elles ne disposent pas de plusieurs responsables auxquels peuvent être confiés des pouvoirs de gestion et de décision pour veiller à leur bon fonctionnement. Ce sont au départ des sociétés de deux ou trois associés travaillant avec un très petit nombre de personnes pour les activités subalternes, alors que leur gestion et leur direction relèvent directement d'une seule personne, M. Diallo. Ajoutons à cela le fait que ces sociétés sont établies exclusivement dans un pays situé en Afrique où l'on sait que le réseau des relations personnelles est déterminant pour le bon ou le mauvais fonctionnement d'une entreprise. C'est dire, par conséquent, que toute entrave — et *a fortiori* tout empêchement d'activité — frappant l'unique responsable et gestionnaire des deux sociétés retentit de manière directe et fatale sur leur fonctionnement, en les mettant dans une situation périlleuse que le défen-

deur lui-même qualifie de quasi-faillite. C'est dire également que, dans la présente affaire, la convocation et le déroulement d'une assemblée générale, hors la présence de M. Diallo, non seulement apparaissent assez singuliers, mais ils sont assez difficilement imaginables.

Pour bien comprendre cela, voyons comment se présenterait le scénario abstrait et formel où M. Diallo convoquerait une assemblée générale de la société Africontainers depuis la Guinée et quelle serait la suite des événements. Il va adresser sa convocation à M. Diallo — donc à lui-même — en tant qu'associé de cette société et une autre convocation au second associé, la société Africom, dont le seul responsable n'est autre que le même M. Diallo. Celui-ci envoie et reçoit ainsi en même temps deux convocations qu'il ne peut honorer personnellement puisque le territoire congolais lui est interdit. Il est difficile de convenir qu'une telle situation soit normale; il faut plutôt convenir qu'il y a un côté assez surréaliste dans ce scénario auquel pourtant semblent souscrire l'approche et le raisonnement retenus dans le présent arrêt.

Certes, il y a la possibilité théorique de désigner deux mandataires, l'un pour la société Africom et l'autre pour lui-même, mais il n'en reste pas moins qu'il est bel et bien porté atteinte à son droit d'accomplir lui-même tous les actes relevant normalement d'un actionnaire et *a fortiori* d'un gérant. Par ailleurs, pour rester dans le scénario d'une convocation de l'assemblée générale qui se déroulerait sans la présence de M. Diallo, on peut se demander comment deux simples mandataires vont pouvoir délibérer sur les activités de deux sociétés dont ils ignorent largement le fonctionnement et la gestion puisque celles-ci dépendent directement et étroitement de l'action personnelle de la personne empêchée d'y participer. En outre et raisonnablement, il est difficile d'imaginer que les deux sociétés puissent fonctionner normalement lorsque leur unique actionnaire se retrouve dépouillé de toutes ses prérogatives et dans l'obligation de recourir uniquement à des mandataires. Enfin, et dans ces conditions, il est pour le moins assez étrange de soutenir qu'il n'y a aucun empêchement pour exercer les droits d'associé.

2.4. *Les droits de M. Diallo au regard de la gérance des sociétés*

Selon l'article 65 du décret de 1887, «les gérants sont nommés soit dans l'acte constitutif, soit par l'assemblée générale». L'acte de nomination n'est à proprement parler ni un droit de la société, ni un droit strictement individuel; il s'agit là d'un acte collectif, notion qui a donné lieu à des débats au sein de la doctrine civiliste pour l'identifier, le caractériser et le situer dans la classification des actes juridiques (*cf.* G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, Paris, LGDJ, 1961, et A.-L. Pastré-Boyer, *L'acte juridique collectif en droit privé français: contribution à la classification des actes juridiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006). Il s'agit d'un acte pris par un groupe de personnes, qu'il ait ou non la personnalité juridique et, dans le cas de la société Africontainers, l'acte

de nomination du gérant doit normalement être pris par les associés réunis en assemblée générale avec la participation au vote de chacun d'entre eux ; la nomination est bien un acte collectif, mais la participation au vote est bien un droit individuel de chaque associé dont la violation peut donner lieu à des recours, comme nous l'avons indiqué précédemment.

En tout état de cause, dans la présente affaire, comme M. Diallo est devenu l'actionnaire unique des deux sociétés, le droit collectif est devenu dans la pratique un droit individuel. Or, l'exercice de ce droit, c'est-à-dire la participation personnelle de M. Diallo au vote, a été empêché par son expulsion, tandis que son éventuelle représentation par un mandataire pose les problèmes qui ont été évoqués précédemment. En privant M. Diallo de la participation personnelle, il y a eu incontestablement une atteinte directe à son droit d'associé et à sa participation éventuelle à l'acte collectif de désignation du gérant, celui-ci pouvant être lui-même.

Le fait d'empêcher M. Diallo d'être présent physiquement au lieu du siège de l'administration de la société et de l'assemblée générale constitue une autre atteinte à son droit d'être candidat à la fonction de gérant et, *a fortiori* et plus grave encore, d'exercer les fonctions de gérant.

Il semble qu'une personne, M. N'Kanza, ait été chargée un moment donné d'accomplir certaines fonctions au nom de la société Africontainers. Toutefois, il y a une grande incertitude aussi bien sur le processus de sa désignation que sur la fonction exacte qui lui a été impartie. Le seul acte produit, concernant sa désignation, est une simple mention dans un courrier d'avocat du 16 février 1996, alors que la désignation du gérant incombe, légalement (article 65 du décret de 1887) et statutairement (article 14 des statuts de la société Africontainers), à l'assemblée générale de la dite société. Celle-ci avait désigné M. David comme gérant lors de l'assemblée constitutive du 18 septembre 1979 ; par la suite, une assemblée générale extraordinaire du 18 avril 1980 a remplacé M. David par M. Diallo, qui a toujours conservé cette fonction puisqu'il a été nommé pour une durée indéterminée et qu'il n'a jamais été remplacé à ce jour.

Aucune preuve sérieuse n'est avancée pour conforter l'allégation qu'un gérant a été régulièrement désigné. La personne présentée à tort comme telle, M. N'Kanza, a sans doute représenté M. Diallo, absent du Congo contre sa volonté, pendant un certain temps pour quelques démarches très limitées, mais cela ne suffit nullement pour en faire un gérant de la société Africontainers au sens légal et statutaire. Tout au plus pourrait-on éventuellement invoquer la possibilité d'une gérance partielle et provisoire en raison de l'empêchement du gérant légal et statutaire, lequel empêchement incombe aux autorités congolaises.

2.5. *Le droit de surveillance et de contrôle de M. Diallo*

A la question de savoir si le droit de surveillance et de contrôle appartient aux associés ou si le rôle de ces derniers se limite seulement à nommer des commissaires aux comptes seuls habilités à surveiller et contrôler,

la réponse découle des termes de l'article 71 du décret de 1887, qui distingue deux situations en fonction du nombre d'associés :

- si le nombre d'associés est supérieur à cinq, la prérogative incombe obligatoirement aux commissaires nommés par les associés (article 71, alinéas 1 et 2, et article 72);
- si le nombre d'associés est inférieur à cinq, la nomination de commissaires n'est pas obligatoire et, surtout, l'alinéa 3 de l'article 71 précise que «chaque associé a les *pouvoirs* des commissaires» (les italiques sont de moi). En l'espèce, nous sommes dans cette seconde situation, au moins pour la société Africontainers, qui ne comprend que deux associés (la société Africom, représentée par M. Diallo, et M. Diallo lui-même). Les termes de la loi sont suffisamment clairs et évidents pour constater que, dans ce cas, le pouvoir de surveillance et de contrôle est reconnu comme un pouvoir ou droit de l'associé.

Néanmoins, une question peut se poser, celle de savoir si l'associé qui exerce ce droit de surveillance et de contrôle devient un organe de la société distinct de l'associé ou s'il reste toujours un associé. On sait qu'une même personne ou un même organe peut exercer deux fonctions différentes, en vertu du fameux principe de dédoublement fonctionnel. Si l'on prend l'exemple d'une société obligée de désigner des commissaires aux comptes et si un associé est nommé commissaire aux comptes, il va relever de ce dédoublement fonctionnel en exerçant de façon très distincte, d'une part, ses prérogatives d'associé et, d'autre part, ses prérogatives de commissaire aux comptes, qui en font alors un organe de la société. Ce cas de figure est donc assez simple à comprendre et à expliquer.

On serait tenté de déduire que cela vaut aussi pour l'exemple d'une société qui n'a pas nommé de commissaires aux comptes et où chaque associé dispose de la prérogative de surveillance et de contrôle à côté des droits qu'il détient comme associé. Toutefois, pareille déduction ne serait pas correcte, car il n'y a pas équivalence entre les deux situations en raison du libellé de l'article 71, alinéa 3, précité; celui-ci ne dit pas que chaque associé obtient le statut de commissaire aux comptes, devenant par conséquent organe de la société — comme dans le premier cas; il dit expressément que chaque associé «a les pouvoirs» des commissaires aux comptes et il ne s'agit pas seulement d'une nuance de forme ou de vocabulaire, mais d'une différence substantielle qui touche aux fondements mêmes du statut d'associé et du statut de commissaire aux comptes :

- dans un cas, il y a la nomination de l'associé comme commissaire aux comptes, laquelle nomination l'institue alors comme organe de la société, dans un statut distinct de son statut d'associé; en effet, en agissant en tant que commissaire aux comptes, il doit mettre de côté son statut d'associé et, en quelque sorte, entrer dans la peau du commissaire pour l'assumer pleinement;
- dans l'autre, il n'y a rien de tel et c'est tout simplement l'associé qui hérite, en vertu de la loi, de prérogatives supplémentaires afin de sur-

veiller et de contrôler la gestion de la société comme associé, en exerçant des prérogatives nouvelles; la notion de commissaire aux comptes est ainsi subsumée dans celle d'associé.

Pour résumer, on peut dire aussi que, dans le premier cas, il y a un changement de statut et l'institution d'un nouvel organe alors que, dans le second cas, il y a seulement des prérogatives nouvelles qui viennent s'ajouter à celles de l'associé. Aussi, dans la présente espèce, la circonstance que M. Diallo soit finalement le seul associé aboutit à un cumul assez singulier dans la mesure où il est en même temps le gérant et le contrôleur de la société Africontainers. Ce cumul, loin de rendre sans objet les conséquences de l'expulsion, invite à distinguer entre, d'une part, les droits du gérant, qui sont ceux d'un organe de la société et ne relèvent pas, à ce titre, des droits propres de M. Diallo susceptibles d'être couverts par la protection diplomatique (arrêt de la Cour du 24 mai 2007), et, d'autre part, les droits de contrôle de l'associé, qui sont des droits propres et sont couverts par la protection diplomatique.

2.6. Le droit de M. Diallo de procéder à la liquidation des sociétés et à la réalisation du reliquat de leur actif

Il découle de l'article 99 du décret précité de 1887 qu'il appartient à l'assemblée générale de se prononcer sur la dissolution de la société et la réalisation du reliquat de son actif. Il s'agit là encore d'un acte collectif que nous avons évoqué précédemment et qui est justiciable de la même analyse et de la même conclusion. L'acte de liquidation est pris par les associés réunis en assemblée générale avec la participation au vote de chacun d'entre eux; cette participation au vote est un droit individuel et propre à chaque associé et, par voie de conséquence, sa violation peut donner lieu à des recours contre les auteurs de cette violation.

Certes, l'expulsion de M. Diallo a visé le gérant, organe des deux sociétés, dont il est allégué que la présence et la conduite compromettaient l'ordre public zaïrois; toutefois, elle a concerné, à travers la même personne, non seulement le gérant, mais aussi le surveillant et contrôleur ainsi que l'associé. Si les activités de gérant se rattachent aux sociétés et ont été exclues du champ de la présente instance par l'arrêt précité du 24 mai 2007, les autres activités de l'associé constituent des droits propres de M. Diallo, lequel peut les faire valoir et demander la mise en œuvre des voies et moyens de leur protection, y compris la protection diplomatique par la Guinée.

2.7. Le problème de l'expropriation indirecte et de ses conséquences

On sait que les règles du droit international relatives à l'expropriation ont évolué pour consacrer, après une période de controverses, cette notion d'expropriation indirecte à travers les sentences de plusieurs instances juridictionnelles (tribunaux arbitraux sous l'égide du CIRDI ou de

la Chambre de commerce internationale, Tribunal irano-américain, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Cour européenne des droits de l'homme, etc.) et aussi à travers les études doctrinales (parmi une abondante littérature, citons notamment R. Dolzer, «Indirect Expropriation of Alien Property», *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal*, 1986, p. 33; A. K. Hoffmann, «Indirect Expropriation», dans A. Reinisch (dir. publ.), *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008, p. 151; Y. Nouvel, «Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux», *RGDIP*, 2002, p. 79; et B. Stern, «In Search of the Frontiers of Indirect Expropriation», dans *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, 2007, 2008, p. 29).

Dans le cas d'espèce, chacune des différentes mesures prises à l'encontre de M. Diallo (rupture de contrats, interpellation ou arrestation, blocage ou refus d'honorer les créances, déni de justice, expulsion) ne constitue pas, par elle-même, une mesure d'expropriation. Toutefois, l'addition de ces mesures couronnée par l'expulsion a fini par avoir des effets équivalents, ce qui permet de parler d'une expropriation indirecte. Les droits de propriété — et plus précisément les parts sociales de M. Diallo — n'ont pas été visés directement par chacune de ces mesures, mais ils ont été mis en péril par le fait que leur propriétaire a été dans l'impossibilité, matérielle et juridique, d'entreprendre les actes de gestion nécessaires pour les sauvegarder et *a fortiori* les faire fructifier. Il est devenu le propriétaire de sociétés transformées en coquilles vides au fur et à mesure que le temps s'est écoulé.

Etant devenu le seul associé, directement ou indirectement, et parce que la situation de fait a entraîné la disparition ou quasi-disparition des sociétés, M. Diallo supporte dans son propre patrimoine la presque totalité du préjudice subi par ses sociétés. A ce titre, il s'agit bien d'une atteinte à ses droits d'associé tels qu'ils ont été définis et dans les limites posées par l'arrêt de la Cour du 24 mai 2007 sur les exceptions préliminaires. Ajoutons à cela que la disparition ou quasi-disparition des deux sociétés empêche celles-ci d'exercer les recours appropriés permettant de faire valoir leurs droits, ce qui soulève une question importante méritant quelques explications.

La Cour a déjà abordé ce problème de la disparition de société dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, et elle a dégagé un certain nombre d'éléments ou de critères ayant guidé sa démarche. La présente affaire donne à la Cour l'occasion de mieux éclairer sa démarche en précisant davantage les éléments et critères avancés auparavant.

On sait que, par lettre adressée le 31 janvier 2007 à la Cour, la RDC a informé celle-ci que la société Africom avait cessé toutes ses activités au milieu des années 1980, ce qui aurait mené à la radiation de son immatriculation au registre du commerce (paragraphe 22 de l'arrêt du 24 mai 2007). Il s'agissait alors d'un élément nouveau — survenu depuis la fin de la procédure orale concernant les exceptions préliminaires; il est de nature à avoir des conséquences directes sur la question de la protection

diplomatique des associés, qui se situerait désormais sur un autre terrain que celui plus étroit sur lequel s'est situé l'arrêt précité.

En effet, les termes de la lettre du défendeur se sont confirmés dans la pratique, non seulement pour la société Africom, mais aussi pour la société Africontainers, car, ainsi que nous l'avons relevé précédemment, des sociétés restées inactives depuis près de quinze années (1996-2010) ont en fait cessé d'exister. Cela oblige à s'interroger sur la nature de cette disparition, qui crée une situation nouvelle où il n'y a pratiquement plus de possibilité pour l'une ou l'autre société, ou les deux, de faire valoir directement leurs droits par elles-mêmes et de défendre ainsi, indirectement, les droits et intérêts de leur associé unique. Cette impossibilité de toute action par l'intermédiaire de la société priverait l'associé unique de tout recours si on lui refusait le jeu de la protection diplomatique par la Guinée; on se trouverait devant une solution contraire non seulement à l'équité mais aussi aux principes fondamentaux régissant les droits de la défense et les droits de l'homme. Ce problème a préoccupé la Cour, la doctrine et la Commission du droit international, et un bref rappel est utile pour en saisir la portée.

Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour l'évoque très précisément en tant que première exception à la règle classique de la protection diplomatique dans le paragraphe 64, où elle déclare ceci :

«La Cour recherchera maintenant s'il existe en l'espèce d'autres circonstances spéciales où la règle générale pourrait ne pas avoir effet. Deux situations particulières lui paraissent devoir retenir l'attention à ce sujet: *le cas où la société aurait cessé d'exister*, le cas où l'Etat national de la société n'aurait pas qualité pour agir en faveur de celle-ci.» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 40, par. 64; les italiques sont de moi.)

Puis elle analyse la situation dans les paragraphes 65 à 68. Certes, elle conclut dans cette affaire que la société n'a pas disparu et, de ce fait, l'invocation de cette exception ne pouvait pas être pertinente en l'espèce. On peut inférer du raisonnement de la Cour que, si l'hypothèse de la disparition avait été établie, on serait en présence d'une situation où l'exception serait prise en considération. En effet, la Cour indique clairement dans le paragraphe 66 de l'arrêt que :

«la disparition de la société en droit prive les actionnaires de la possibilité d'un recours par l'intermédiaire de la société; c'est uniquement quand toute possibilité de ce genre leur est fermée que la question d'un droit d'action indépendant peut se poser pour eux et pour leur gouvernement» (*ibid.*, p. 41, par. 66).

Dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt, le juge Fitzmaurice a bien analysé le problème en évoquant la situation où une société est

«dans l'incapacité *de facto* de protéger ses intérêts et, partant, ceux

des actionnaires. Il est évident que, dans les cas de ce genre, aucune intervention ni réclamation pour le compte de la *société* elle-même ne saurait par hypothèse être possible sur le plan international puisque, d'une part, il s'agit d'une société nationale et non étrangère et que, d'autre part, l'autorité à laquelle la société devrait pouvoir s'adresser pour obtenir appui ou protection est précisément l'auteur du préjudice... La personne morale étant devenue impuissante et incapable d'agir utilement, les actionnaires viennent en quelque sorte se substituer à la direction pour assurer la protection des intérêts de la société par tous les moyens légaux qui leur sont ouverts.» (*C.I.J. Recueil 1970*, opinion individuelle du juge Fitzmaurice, p. 72, par. 14; note de bas de page omise.)

Dans la mesure où, en la présente instance, il se confirme que l'une ou l'autre ou les deux sociétés auraient disparu, on se retrouve alors dans la première exception examinée par la Cour permettant d'ouvrir la voie au jeu de la protection diplomatique. Ce point de vue, très largement partagé au sein de la doctrine, est également repris dans le projet d'articles adopté par la Commission du droit international en 2006 en tant que première exception à la règle générale de la protection diplomatique en s'inspirant de la position de la Cour. Selon l'article 11 du projet :

«Un Etat de nationalité des actionnaires d'une société ne peut exercer sa protection diplomatique à l'égard desdits actionnaires lorsqu'un préjudice est causé à la société que :

a) si la société a cessé d'exister d'après la loi de l'Etat où elle s'est constituée pour un motif sans rapport avec le préjudice.»

En l'espèce, il semble bien que l'on soit en présence d'une telle situation même si beaucoup d'éléments d'informations demeurent encore incertains, ne serait-ce que pour déterminer si les sociétés ont effectivement cessé d'exister, quand et comment. Il reste que cette situation aurait dû être clarifiée davantage par la Cour.

Au plan des faits, les Parties sont d'accord pour constater que les sociétés ont cessé d'exister, puisqu'elles n'ont aucune activité depuis que leur gérant a été expulsé. Elles divergent sur les dates auxquelles les sociétés ont cessé d'exister effectivement et surtout sur le problème de leur existence juridique, ce dernier point nécessitant de voir quel est l'état de la question.

On sait que, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour s'était déjà penchée sur ce problème de disparition de société et elle a indiqué la démarche à suivre pour savoir si une société a ou non cessé d'exister, en adoptant une solution considérée comme plus stricte que celle prévalant auparavant, comme l'a rappelé la Commission du droit international dans son commentaire de l'article 11 (rapport de la Commission du droit international, 2006, p. 62). La position de la Cour ressort clairement des paragraphes 65, 66 et 67 de l'arrêt, dont les extraits pertinents méritent d'être cités :

«65. ... Il est néanmoins constant que cette société a perdu tous ses avoirs en Espagne et qu'elle a été placée sous *receivership* au Canada, un *receiver* et administrateur ayant été désigné. Il est incontesté qu'elle a été entièrement paralysée au point de vue économique ...

66. On ne saurait néanmoins soutenir que la société a disparu comme personne morale ni qu'elle a perdu la capacité d'exercer l'action sociale. Elle était libre de se prévaloir de sa capacité devant les tribunaux espagnols et elle l'a fait. Elle n'est donc pas devenue juridiquement incapable de défendre ses propres droits ni les intérêts de ses actionnaires ... Seule la disparition de la société en droit prive les actionnaires de la possibilité d'un recours par l'intermédiaire de la société; c'est uniquement quand toute possibilité de ce genre leur est fermée que la question d'un droit d'action indépendant peut se poser pour eux et pour leur gouvernement.

67. En l'espèce la Barcelona Traction est sous *receivership* dans le pays où elle a été constituée. Loin de laisser supposer que la personne morale ou ses droits se soient éteints, cette situation indique plutôt que ces droits subsistent tant qu'il n'y a pas liquidation. Bien qu'en état de *receivership*, la société continue d'exister. De plus, il est de notoriété publique que ses actions étaient cotées en bourse encore récemment.» (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 40-41.)

Qu'en est-il de l'application de ces critères dans la présente affaire? Il suffit de comparer terme à terme les situations de la société Barcelona Traction et des sociétés de M. Diallo pour que les conclusions apparaissent assez clairement:

- d'une part, si la société Barcelona Traction avait cessé d'exister au lieu de ses activités (Espagne), elle n'avait pas cessé d'exister au lieu de sa constitution (Canada), alors que les deux sociétés de M. Diallo ont cessé d'exister *de facto* au lieu unique de leur activité et de leur constitution (République démocratique du Congo), en raison des agissements des autorités congolaises;
- d'autre part, la société Barcelona Traction n'était pas devenue juridiquement incapable de défendre ses propres droits ni les intérêts de ses actionnaires et l'administrateur nommé par les tribunaux canadiens était à même d'exercer tous les recours appropriés, alors que, à l'évidence, les deux sociétés de M. Diallo sont devenues incapables de se défendre parce que leur gérant était mis dans l'impossibilité, physique et juridique, d'agir par les autorités congolaises.

Pour tous ces éléments de fait et de droit, et contrairement à la situation prévalant dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (paragraphe 68 de l'arrêt de 1970), dans la présente affaire les conditions semblent réunies pour permettre à la Guinée d'exercer sa protection diplomatique à l'égard de l'associé, M. Diallo, désormais seul détenteur des actifs des sociétés (le voile social ayant disparu), tout en restant dans la ligne de l'arrêt du 24 mai 2007 sur les exceptions préliminaires.

3. LE DROIT À RÉPARATION

Naturellement, je partage les conclusions de la Cour sur les violations des droits de l'homme dont a été victime M. Diallo et sur la nécessité d'une indemnisation dans les conditions indiquées dans le dispositif de l'arrêt, tout en estimant que la Cour aurait pu retenir ces mêmes conclusions sur les violations identiques qui ont eu lieu pendant la période antérieure à 1995-1996. En revanche, à la lumière des développements qui précèdent et qui montrent que M. Diallo a été victime de préjudices matériels et moraux découlant des différentes violations de ses droits de l'homme ainsi que de ses droits d'associé, ma position s'écarte de la conclusion très restrictive de la Cour qui exclut toute violation des droits d'associé de M. Diallo et écarte donc toute réparation à ce titre.

(Signé) Ahmed MAHIU.
