

**AFFAIRE AHMADOU SADIO DIALLO
(RÉPUBLIQUE DE GUINÉE
C. RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO).
EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES :
LE ROMAN INACHEVÉ
DE LA PROTECTION DIPLOMATIQUE**

OLIVIER DE FROUVILLE

Depuis qu'elle est étudiée au sein de la Commission du droit international dans une perspective de codification et de développement progressif, la protection diplomatique apparaît comme le miroir stendhalien, promené le long du chemin du droit international : l'institution semble en refléter « tantôt l'azur des cieux, tantôt la fange des boubiers »... Réfléchissant les éclats trop vifs du droit international contemporain sur un horizon flamboyant d'universalisme, elle s'abîmerait et verrait son tain progressivement s'obscurcir, avant que celui-ci ne soit régénéré au reflet d'un paysage aux couleurs et aux contours plus fondus¹.

L'arrêt rendu par la Cour le 24 mai 2007 sur les exceptions préliminaires dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo* vient à point confirmer cette réflexivité de l'institution. *Confirmer* : en ce sens, on le dira tout de suite : s'il fallait absolument faire une sélection, on hésiterait à inclure l'arrêt *Diallo* parmi les « grands arrêts » de la Cour internationale de Justice, même si son apport n'est pas négligeable². On le placerait plus simplement dans le sillage de l'arrêt *Barcelona Traction* et l'on en ferait également mention dans le commentaire consacré aux arrêts *LaGrand* et *Avena*. L'arrêt *Diallo* illustre et accompagne un processus de transformation progressive de la protection diplomatique : il n'en est ni le point de départ, ni l'aboutissement final. Il se lit tout au plus comme un chapitre dans le roman inachevé de la protection diplomatique.

Les faits de l'espèce inspirent la commisération. Deux États africains – deux États en développement, c'est-à-dire en sous-développement à la fois économique et politique – s'opposent devant la Cour au sujet de créances purement privées, le tout sur fond de pressions exercées par des acteurs économiques et de pratiques

(*) Olivier DE FROUVILLE, professeur à l'Université de Montpellier 1, Institut de droit européen des droits de l'homme (IDEDH).

1. Comparer la démarche des deux rapporteurs spéciaux successifs de la Commission pour le droit international (CDI) sur la protection diplomatique : Mohammed Bennouna, mettant en question la pertinence de l'institution de la protection diplomatique au regard de la « reconnaissance à l'individu d'une certaine dose de personnalité juridique internationale » (*Rapport préliminaire sur la protection diplomatique*, A/CN.4/484, § 32) ; et John Dugard pour qui « [t]ant que l'État reste l'acteur principal des relations internationales, le fait qu'il prenne fait et cause pour ses nationaux en cas de violation de leurs droits est le moyen le plus efficace de promouvoir les droits de l'homme » (*Premier rapport sur la protection diplomatique*, A/CN.4/506, § 32).

2. Sur la notion de « grands arrêts » appliquée à la Cour et entendue comme arrêts posant des principes jurisprudentiels nouveaux : Emmanuelle JOUANNET, « Existe-t-il des grands arrêts de la Cour internationale de Justice ? », in Charalambos APOSTOLIDIS (éd.), *Les arrêts de la Cour internationale de Justice*, Éd. univ. de Dijon, 2005, pp. 168-197.

méprisant les principes les plus élémentaires de l'État de droit³. L'État défendeur, la République démocratique du Congo, met assez méchamment le doigt sur le caractère trivial de l'affaire au regard des hautes considérations qui devraient plutôt occuper – et qui le plus souvent – occupent la Cour :

« [...] la Cour internationale de Justice a été créée par les nations du monde pour contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales au moyen de la justice internationale. La RDC s'insurge donc avec la dernière énergie contre la démarche de la Guinée qui a pour effet – et j'insiste – de rabaisser cette Cour prestigieuse au rang d'un tribunal de commerce ordinaire ou d'une agence privée chargée du recouvrement de créances en faveur de ses clients. En réalité, *la Cour est invitée par la Guinée* – et ceci est très grave – à trancher des querelles d'argent, des querelles de factures commerciales, des querelles de taux d'intérêt entre des commerçants [...]. C'est à la limite un manque de courtoisie à l'égard de la Cour et un abus manifeste de procédure »⁴.

On aura reconnu les effets de manche du plaideur : il y a du vrai dans tout ça, mais il n'en reste pas moins qu'après tout, la Cour a été créée non pas pour « maintenir la paix et la sécurité internationales », mais plus simplement pour « régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis » par les États (art. 38 § 1 du statut de la Cour). Or c'est bien des problèmes de droit international qui sont soulevés dans les actions de protection diplomatique. Même si les intérêts peuvent apparaître comme mineurs à l'échelle mondiale, la protection diplomatique n'en a pas moins constitué pendant très longtemps un secteur non négligeable du contentieux porté devant la Cour internationale de Justice. Il est toutefois vrai que son importance tend à décliner pour des raisons que la lecture de l'arrêt *Diallo* nous aideront peut-être à comprendre⁵.

De plus, les intérêts peuvent apparaître comme *symboliquement mineurs*, mais pécuniairement, il n'est pas certain qu'ils le soient, du moins à l'échelle de la République démocratique du Congo : celle-ci a en effet pu faire observer à plusieurs reprises que dans la requête initiale soumise par la Guinée, la somme demandée à titre de réparation du préjudice

« était d'emblée chiffrée à pas moins de trente six (36) milliards de dollars des États-Unis d'Amérique, assortis d'intérêts bancaires et moratoires fixés à des taux de 15 et 26 % l'an depuis la fin de 1995. Ce montant, qui représente plusieurs fois

3. On connaît la situation déplorable des droits de l'homme dans les deux pays : la Guinée, en particulier, qui revendique ici le respect des droits de l'homme pour l'un de ses ressortissants à l'étranger, pourrait se montrer plus soucieuse de les respecter à l'égard de ses ressortissants sur son propre territoire : cf. FIDH, *Guinée : une démocratie virtuelle, un avenir incertain. Mission internationale d'enquête*, n° 386, avril 2004 ; Human Rights Watch, *Mourir pour le changement. Les forces de sécurité guinéennes répondent par la brutalité et la répression à une grève générale*, vol. 19, n° 5(A), avril 2007.

4. CR 2006/50, p. 42.

5. Voy. Michel VIRALLY « Le champ opératoire du règlement judiciaire international », qui remarquait déjà le « nombre relativement élevé de cas de protection diplomatique ». Il dénombrait alors 13 affaires sur 29 pour la Cour permanente et 11 affaires sur 39 pour la CIJ. À sa liste, on peut ajouter à ce jour les affaires suivantes (l'année entre parenthèses est celle du dépôt de la requête) : *Elettronica Sicula S.p.A* (1988) ; *Incident aérien du 3 juillet 1988* (1989) ; *Convention de Vienne sur les relations consulaires* (1997) ; *Ahmadou Sadio Diallo* (1998) ; *LaGrand* (1999) ; *Activités armées sur le territoire du Congo-République Démocratique du Congo c. Ouganda* (au titre de la demande reconventionnelle ougandaise, 1999) ; *Avena et autres ressortissants mexicains* (2003). Ce qui totalise 18 affaires sur 114. On peut constater à ces chiffres que si la protection diplomatique reste la source d'un contentieux non négligeable, elle n'occupe plus du tout la place qu'elle avait auparavant, en particulier devant la Cour permanente.

l'ensemble de la dette extérieure de la République démocratique du Congo, est sans doute l'un des plus élevés – si pas le plus élevé – qui ait jamais été réclamé devant une juridiction nationale »⁶.

Bien que la Guinée ait par la suite admis que son évaluation du préjudice devait être revue de fond en comble, on devine que les intérêts en jeu sont loin d'être négligeables.

De quoi s'agit-il ? Ahmadou Sadio Diallo est un homme d'affaire guinéen né en 1947, arrivé au Congo en 1964 : dix ans plus tard, en 1974, il fonde sa première société d'« import-export », une société privée à responsabilité limitée (SPRL) de droit zaïrois nommée *Africom-Zaïre*. La société travaille notamment pour l'État. En 1986, elle reçoit de celui-ci une grosse commande de fourniture de papier listing... dont l'État ne paiera jamais la facture. En 1987, le paiement est apparemment décidé, puis bloqué par le premier ministre de l'époque qui accuse publiquement M. Diallo de vouloir escroquer l'État et le fait emprisonner pendant un an sans jugement... *Africom* s'oppose également à la société *Plantations Lever au Zaïre (PLZ)* au sujet d'un contrat de bail conclu en 1975 par lequel *PLZ* louait un des appartements dont elle était propriétaire à *Africom*, qui le mettait à disposition de son directeur, M. Diallo. En 1991, *Africom* cesse de payer les loyers, au motif que depuis 1975, le tarif aurait été celui applicable à la location d'un appartement meublé, alors que l'appartement en question ne l'aurait pas été...

Entre-temps, en 1979, la société *Africom* participe avec deux autres associés-personnes physiques à la création d'une deuxième SPRL : *Africontainer-Zaïre*. Mais très vite, Diallo se retrouve seul aux commandes : les deux autres associés se retirent en effet en 1980, laissant 60 % des parts à *Africom* et 40 % à Diallo, celui-ci devenant par ailleurs gérant de la société. *Africontainer* entreprend une activité de transport de marchandises par container pour le compte de trois sociétés mixtes pétrolières (*Zaïre-Shell*, *Zaïre-Mobil* et *Zaïre-Fina*) et de la *Générale des Carrières et des Mines* ou *Gécamines*, c'est-à-dire la société d'État exploitant les riches gisements miniers du Congo. Bientôt, des difficultés interviennent imputables semble-t-il essentiellement aux co-contractants d'*Africontainers* : défaut de paiement des prestations ; détournement des containers au profit de la *Gécamines* ou de l'ONATRA, la société étatique et jusque-là monopolistique de transports ; chômage prolongé des containers ; violation de clause d'exclusivité insérées dans les contrats, aux dires de Diallo, qui conduisent ses co-contractants à recourir de manière croissante à d'autres prestataires, dont les sociétés pétrolières en question⁷... Qu'importe le fond à ce stade : M. Diallo engage plusieurs démarches pour récupérer ses créances par l'intermédiaire de ses sociétés. Démarches non contentieuses, à travers des négociations, en direction de l'État zaïrois et des sociétés publiques (ONATRA et *Gécamines*) ; contentieuses pour ce qui est de deux des trois sociétés pétrolières, *Zaïre-Shell* et *Zaïre-Fina*, ainsi que de la société *PLZ*. Dans les trois affaires présentées à la justice, les sociétés de M. Diallo gagnent en première instance, mais se voient déboutées en appel. Des pourvois en cassation sont interjetés et semblent encore pendants au moment où la Cour rend son arrêt.

Les revendications de M. Diallo – c'est-à-dire de ses sociétés, on verra que la distinction a son importance ! – soulèvent des remous jusqu'au sommet de l'État. Mais à ce point, les faits deviennent controversés. La Guinée elle-même en offre

6. *Exceptions préliminaires*, République démocratique du Congo, vol. 1, 1^{er} octobre 2002 (ci-après EP), p. 1.

7. Voy. mémoire de la République de Guinée, 23 mars 2001, pp. 16-29 et les observations de la Guinée sur les EP, 7 juillet 2003, pp. 11-13 ; et les EP de la RDC, pp. 11 et ss.

deux versions, la première dans sa requête du 28 décembre 1998, la seconde dans son mémoire et dans le reste des pièces de procédure. La première version est la plus crue : elle met en avant les multiples interventions des sociétés pétrolières en vue d'empêcher *Africontainers* de récupérer ses créances. Après plusieurs tentatives pour tenter de bloquer l'exécution de jugements rendus contre elles, les sociétés pétrolières se seraient « coalisées » et auraient offert au premier ministre « qui venait de créer un parti » de lui donner le montant de la condamnation de *Zaire-Shell* en échange de l'expulsion M. Ahmadou Sadio Diallo. Dès lors, le sort de M. Diallo est scellé, selon la Guinée : le premier ministre ordonne la levée de la saisie des biens de *Zaire-Shell* et signe un décret d'expulsion à l'encontre de M. Diallo. Commence alors une période de détention dont, là encore, la durée est controversée : selon la Guinée, Diallo aurait été détenu à deux reprises, pour un total de 75 jours avant d'être conduit à l'aéroport de Kinshasa. L'attendent ici encore quelques dernières péripéties, que seule la requête cherche à expliquer :

« Au moment de l'embarquement, la compagnie aérienne Camair refuse de prendre l'homme, faute de document de voyage et de dossier judiciaire d'expulsion. Kego Wa Dondo [le premier ministre] a menacé Camair de fermeture de ses bureaux de Kinshasa au cas où elle refuserait d'embarquer ce "passager encombrant". C'est ainsi qu'un formulaire de refoulement non daté a été rempli à l'aéroport pour faire voyager M. Ahmadou Sadio Diallo sur Conakry via Abidjan avec la seule veste qu'il portait comme bagage et à l'aide d'un billet acheté par Zaire Shell »⁸.

La présentation donnée dans le mémoire de la Guinée est beaucoup plus lisse : il est y est simplement dit que « [s]uite aux actions répétées de M. Diallo pour récupérer, au nom des sociétés, un certain nombre de créances [...] le Premier ministre zairois a ordonné l'expulsion de M. Diallo du pays »⁹. À propos du procès verbal de refoulement signé à l'aéroport, la Guinée se dit seulement « intriguée » « si l'on se rappelle que M. Diallo a résidé au Zaïre durant plus de trente ans sur la base d'un titre de séjour à durée indéterminée régulièrement délivré par les autorités zairoises ». En revanche, le mémoire ajoute quelques détails sur les conditions dans lesquelles M. Diallo a été détenu :

« [i]l a dû supporter des conditions de détention précaires, aussi bien matérielles que morales, mais également des actes de mauvais traitements ainsi que des menaces de mort de la part des personnes en charge de sa détention. M. Diallo s'est également retrouvé dans l'impossibilité de rencontrer ou de communiquer avec des membres de l'ambassade de Guinée ou avec ses avocats. Aucune ration alimentaire ne lui a été apportée par le centre de détention »¹⁰.

Quant à la RDC, elle estime que l'expulsion de Diallo trouve son fondement légal dans la loi congolaise du 12 septembre 1983 relative à la police des étrangers qui autorise le président de la République « par ordonnance motivée » à expulser du Zaïre « tout étranger qui, par sa présence ou par sa conduite, compromet ou menace de compromettre la tranquillité ou l'ordre public ». En l'occurrence, le décret d'expulsion aurait mentionné le fait que « la présence et la conduite [de l'intéressé au Zaïre] ont compromis et continuent à compromettre l'ordre public zairois, spécialement en matière économique, financière et monétaires. La RDC met en avant les réclamations selon elle extravagantes de

8. Requête, pp. 11-12.

9. Mémoire, pp. 29-30.

10. *Id.*

M. Diallo, mais aussi le fait qu'il « aurait été impliqué dans certains trafics de devises, et s'était par ailleurs rendu coupable de plusieurs tentatives de corruption », faits dont la RDC ne rapportera jamais la preuve – mais peut-être le fera-t-elle dans la procédure sur le fond ?

Selon la Guinée, Diallo atterrit à Conakry, ruiné, contraint de vivre « de l'assistance de personnes charitables »¹¹. Il continue toutefois à diligenter quelques négociations par l'intermédiaire d'avocats qui auraient travaillé bénévolement pour lui. Mais il n'a plus ni les moyens de faire valoir ses droits, ni la possibilité de diriger des sociétés dont l'existence juridique perdure apparemment, mais dont les activités périclitent. Il s'adresse à son État, par l'intermédiaire du ministre des affaires étrangères. Il formule également, semble-t-il, une requête auprès du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) : mais l'absence de tout traité bilatéral entre la RDC et la Guinée la voue à l'échec. Ainsi, « [f]ace aux silences répétés de l'administration congolaise » la Guinée décide de porter l'affaire devant la Cour »¹².

Une première requête est déposée par la Guinée au greffe le 25 septembre 1998. Le greffier signale à la Guinée qu'il ne peut pas inscrire l'affaire au rôle, faute pour elle d'avoir indiqué une base de compétence. En catastrophe – on l'imagine – la Guinée dépose sa déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour le 11 novembre 1998. Elle formule une nouvelle requête, enregistrée par le greffe le 28 décembre 1998, qui régularise la première : ainsi la juridiction est établie par la rencontre des deux déclarations, celle de la RDC ayant été faite de longue date, le 8 février 1989¹³. Après le dépôt du mémoire de la Guinée à l'expiration du délai (prolongé) fixé par la Cour, la RDC a déposé des exceptions préliminaires le 3 octobre 2002 : sous l'empire du nouvel article 79 du règlement de la Cour, qui fixe un délai de trois mois maximum, de telles exceptions auraient été irrecevables. Mais la RDC fait observer avec justesse qu'en l'espèce, s'agissant d'une requête déposée en 1998, c'est l'ancien règlement qui s'applique, beaucoup moins rigoureux, puisqu'il autorisait le dépôt des exceptions « dans le délai fixé pour le dépôt du contre-mémoire »¹⁴.

Aucun des deux États n'ayant sur le siège un juge de sa nationalité, deux juges *ad hoc* ont été désignés : le professeur Mampuya pour la RDC et le professeur Bedjaoui pour la Guinée. Ce dernier ayant démissionné en septembre 2002, le professeur Mahiou a été désigné à sa place. Les deux juges signent l'un une « opinion individuelle », l'autre une « déclaration ».

11. Mémoire, p. 33.

12. *Id.*, p. 37.

13. Cf. la brève mention de cette situation dans le mémoire de la Guinée, p. 4 et surtout les remarques du juge *ad hoc* Mampuya dans son « opinion individuelle », pp. 2-3. On se souvient que ce type de situation s'est présenté à plusieurs reprises devant la Cour (*affaire du Temple de Préah-Vihéar, Droit de passage en territoire indien, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* et, en dernier, dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria* (arrêté sur les exceptions préliminaires, 11 juin 1998, §§ 21-46) : en l'absence de condition de délai particulière, la Cour a toujours considéré que le fait qu'une déclaration soit faite au dernier moment, juste avant le dépôt de la requête, n'était pas de nature à invalider celle-ci. En l'espèce, la RDC n'a pas relevé le problème mais, comme le fait observer le juge Mampuya « 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 » (opinion individuelle, p. 3).

14. Cf. EP, p. 3.

La procédure orale a été représentative de la nouvelle rigueur que s'impose la Cour en la matière : quatre demi-journées (pour certaines assez courtes) de plaidoiries. À la lecture des comptes rendus, on est persuadé qu'il n'en fallait pas plus¹⁵.

Quels sont les droits au sujet desquels la Guinée prétend exercer sa protection diplomatique ? Ils sont de trois ordres et c'est, d'une certaine manière, ce qui fait tout l'intérêt de la requête. Il y a tout d'abord les « droits individuels » de M. Diallo « en tant que personne ». Cette partie de la requête s'attache à dénoncer l'arrestation et la détention arbitraire, la privation du droit à la protection consulaire et l'expulsion « associée à la privation effective du droit de propriété ». Il y a ensuite les « droits propres » de M. Diallo en tant qu'associé des sociétés *Africom-Zaïre* et *Africontainers-Zaïre*, c'est-à-dire les droits que M. Diallo tire de la loi congolaise sur les sociétés. Il y a enfin les droits des sociétés : d'emblée, comme on le verra, la requête guinéenne se heurte sur ce point à un obstacle de taille, puisque les deux sociétés en question sont de droit congolais. Elles ne satisfont donc pas *a priori* à la condition de *nationalité* qui est à la base de l'action en protection diplomatique : elles ne sont pas de nationalité guinéenne et elles ne peuvent donc pas, en principe, bénéficier de la protection diplomatique de la Guinée. Aussi cette dernière tente-t-elle de contourner l'obstacle en invoquant la protection des droits de l'actionnaire Diallo *par substitution* des sociétés.

Dans son arrêt, la Cour juge recevable la requête de la Guinée en ce qu'elle a trait à la protection des droits de M. Diallo en tant qu'individu (à l'unanimité), recevable également en ce qu'elle touche à ses droits « propres » en tant qu'associé des sociétés *Africom-Zaïre* et *Africontainers-Zaïre* (par quatorze voix contre une, celle du juge *ad hoc* Mampuya). En revanche, elle déclare irrecevable la partie de la requête consacrée à la protection de M. Diallo pour les atteintes alléguées aux droits des deux sociétés (par quatorze voix contre une, celle du juge *ad hoc* Mahiou).

Lorsque l'on reprend l'énumération des droits protégés par la Guinée, on comprend que la Cour n'était pas le seul forum à pouvoir connaître de l'affaire. Si un traité bilatéral sur les investissements avait existé entre les deux États, le CIRDI aurait probablement été le forum le plus approprié, compte tenu du « cœur » de la requête, constitué de toute évidence par les créances des deux sociétés congolaises sous contrôle exclusif d'un ressortissant guinéen¹⁶. Un organe de protection des droits de l'homme aurait toutefois également pu convenir : on pense ici en particulier à la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Cette possibilité était parfaitement ouverte en pratique : la Guinée et la RDC sont toutes deux parties à la charte africaine, ce qui suffit à donner compétence à la Commission en vertu des articles 47 et suivants pour les plaintes interétatiques, ou 55 et suivants pour les plaintes individuelles. La

15. Même si l'un des plaideurs, le professeur Alain Pellet, s'en plaint, remarquant en passant que dans l'affaire de la *Barcelona Traction* « la Cour a entendu les plaidoiries de nos illustres prédécesseurs durant quarante-trois audiences au cours de la première phase et soixante-quatre audiences durant la seconde » (CR 2006/51, p. 40). Mais la « BT » ne constitue-t-elle pas aussi le summum de la débauche procédurale – surtout si on rapporte la longueur de la procédure à la minceur du résultat ?

16. Selon le juge Mampuya *ad hoc*, l'invocation des deux autres séries de droits n'est d'ailleurs là que pour mieux tenter de masquer le fait que ces créances – des sociétés et non de M. Diallo en propre – sont le seul enjeu du différend. Une telle manœuvre pourrait même constituer selon lui une cause d'irrecevabilité pour « abus de procédure » ou tout au moins, en raison du fait que le requérant n'aurait « 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, CPJI série A/B, n° 74) : cf. opinion individuelle, pp. 2-7 et en particulier, p. 7.

Guinée, ou M. Diallo, auraient pu soumettre l'ensemble du litige sur la base des articles 4, 6, 14 et 12, § 4 de la charte¹⁷. Plusieurs facteurs ont dû probablement orienter les demandeurs vers la CIJ : d'abord – c'est un aspect un peu prosaïque, mais qui a son importance – une requête devant la CIJ est plus « médiatique » et voyante qu'une plainte devant la Commission de Banjul. Ensuite – et plus fondamentalement – la CIJ présente deux avantages sur le mécanisme de la Charte : elle rend des « arrêts » obligatoire pour les parties, là où la Commission ne rend que des « décisions » qui en fait n'en sont pas, puisqu'elles n'ont pas un caractère obligatoire ; elle peut juger des faits non pas seulement sous l'angle des droits de l'homme, mais au regard de toutes les normes du droit international qui lient les parties, conventionnelles ou coutumières, traités en matière de droits de l'homme y compris. Il n'en reste pas moins qu'à un autre niveau, une procédure devant la CIJ est aussi certainement beaucoup plus coûteuse (et dans la plupart des cas plus longue, c'est en tout cas vrai en l'espèce) que devant la Commission. Et on ne peut que comprendre, à cet égard, le « malaise » exprimé par la RDC à l'évocation par la Guinée de ses « difficultés économiques », face à un Congo rendu exsangue par deux guerres ayant fait plus de trois millions de morts¹⁸. Nonobstant ces considérations, la démarche démontre une nouvelle fois – après les arrêts *LaGrand* et *Avena* – l'usage qui peut être fait de la protection diplomatique devant la Cour internationale de Justice. Pour autant, l'affaire confirme aussi que l'on a bien affaire à des institutions « résiduelles », qui ne trouvent à s'appliquer que dans des situations qui ne sont pas couvertes par un autre mécanisme spécial obligatoire (arbitral ou juridictionnel) de règlement des différends : certes, on ne peut que s'accorder avec l'ex-rapporteur de la CDI, John Dugard, pour considérer que le « résidu » reste important et que ce serait une erreur que de le remiser parmi les outils dont on n'a plus l'usage, mais que l'on s'amuse à garder essentiellement en raison de leur charme désuet¹⁹. Bien plus, l'arrêt montre que la vénérable institution de la protection diplomatique (et, par ricochet, la Cour, qui la met en œuvre), tout en conservant sa forme et ses contours originaux, a incontestablement évolué pour refléter les changements structurels qui affectent la société internationale : c'est ce changement dans la continuité qu'il nous faudra, dans un premier temps, analyser (I). On verra toutefois que cette évolution reste limitée : l'arrêt *Diallo* en fait la démonstration pour ce qui est de la protection des investissements étrangers : sur ce plan, la Cour, qui réitère les solutions dégagées par elle en 1970 dans l'arrêt *Barcelona Traction*, assure à nouveau la continuité. Mais cette fois, il s'agit d'une continuité sans changement (II).

17. Art. 4 « La personne humaine est inviolable. Tout être humain a droit au respect de sa vie et à l'intégrité physique et morale de sa personne : Nul ne peut être privé arbitrairement de ce droit » ; art. 6 : « Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut être privé de sa liberté sauf pour des motifs et dans des conditions préalablement déterminés par la loi ; en particulier nul ne peut être arrêté ou détenu arbitrairement » ; art. 14 : « Le droit de propriété est garanti. Il ne peut y être porté atteinte que par nécessité publique ou dans l'intérêt général de la collectivité, ce, conformément aux dispositions des lois appropriées » ; art. 12, § 4 : « L'étranger légalement admis sur le territoire d'un État partie à la présente Charte ne pourra en être expulsé qu'en vertu d'une décision conforme à la loi ».

18. EP, pp. 4-5 : « [C]est la République de Guinée qui a choisi d'introduire une instance devant la Cour, pour des affaires qui auraient pu – et qui peuvent encore – être réglées au sein de l'ordre juridique congolais [...]. La [RDC] ignore les raisons qui ont pu mener la Guinée à entamer une longue et coûteuse instance dans ces conditions mais, quoi qu'il en soit, elle estime que les facteurs qui ont été évoqués, s'ils doivent être pris en compte, doivent avant tout l'être envers l'État défendeur qui, quant à lui, n'a pas choisi d'être attrait devant la Cour. À cet égard, la [RDC] ne fera pas l'injure à la Cour de lui rappeler qu'elle est l'un des pays au monde les plus gravement touchés par des conflits armés aux conséquences humaines désastreuses ».

19. Voy. John R. DUGARD, *Premier rapport sur la protection diplomatique*, A/CN.4/506, introduction, §§ 10 et suiv.

I. – UN CHANGEMENT DANS LA CONTINUITÉ : ÉVOLUTION DE LA PROTECTION DIPLOMATIQUE

Comme on l'a dit, ça n'est pas l'arrêt *Diallo* lui-même qui opère le changement. Il y a, là aussi, une certaine continuité dans le processus d'évolution. Mais l'arrêt *Diallo* confirme incontestablement le changement de nature de la protection diplomatique (A). En même temps, il réaffirme à la fois l'identité et l'autonomie de cette forme d'action judiciaire (B).

A. *La protection diplomatique a changé de nature*

La protection diplomatique change progressivement de nature, comme le miroir reflète le chemin au-dessus duquel il est promené. C'est-à-dire que la protection diplomatique est avant tout un cadre, une voie de droit. En ce sens, elle n'offre pas de contenu, elle est orientée vers un but : la réparation du préjudice. C'est la manière dont procéduralement cette réparation est envisagée qui change. Lorsqu'on dit que ce changement s'inscrit dans la continuité, ça n'est pas une manière de parler. On peut considérer en effet que ce changement est inscrit dans la formulation même de l'idée qui sert généralement de point de départ à la réflexion : le fameux *dictum* de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*. En fait, ce *dictum* peut faire – et a toujours fait – l'objet de deux interprétations divergentes : une interprétation « classique » et une interprétation que l'on a qualifié de « moderne »²⁰. De toute évidence, l'arrêt *Diallo* s'inscrit dans le fil d'une jurisprudence de la Cour tendant à s'approprier cette dernière interprétation.

1. *Deux interprétations du dictum de la CPJI dans l'affaire Mavrommatis*

Commençons par rappeler le passage maintes fois cité :

« C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international »²¹.

Ce passage est beaucoup plus ambivalent que l'on veut bien le dire d'ordinaire et la diversité de ses interprétations en témoigne.

20. Voy. not. Éric WYLER, « La protection diplomatique : la concurrence des réclamations », SFDI, *Les compétences de l'État en droit international*, Paris, Pedone, 2006, pp. 239-262, spec. p. 241.

21. Affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt du 30 août 1924, *Rec. Série A*, n° 2, p. 12. Voy. aussi dans le même sens Affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, arrêt du 28 février 1939, *Rec. Série A/B*, n° 76, p. 16.

Une première lecture – qui correspond à l'interprétation « classique »²² – fait apparaître l'image du Leviathan, ou d'une foule de Leviathan que sont les États, avec en leur sein, une foule encore plus grande de petites figures informes et sans qualité particulière : les individus. Des individus qui n'ont, comme chacun sait, qu'un seul droit, en échange de leur soumission totale : la sécurité²³. À cette image hobbesienne viennent se mêler les fantasmes plus tardifs du XIX^e siècle, la montée en puissance de la Nation, l'exaltation de l'État-Nation ayant pour corollaire une sorte de nationalisation du droit international : un droit international fait *par et pour* des États *nationaux* et *paternalistes*, avec pour seule préoccupation leur coexistence. Dans ce monde nationalisé, l'État prend fait et cause « pour un des siens », parce que l'individu *appartient* à la Nation, parce qu'il en est une composante indissociable. L'État national de l'époque peut dire, comme le chef d'une tribu : il est « des miens » (sous entendu : et si celui-ci est « des miens », celui-là est « des vôtres », ce qui les différencie fondamentalement, ce qui constitue le critère ultime de distinction dans un monde nationalisé). Le paternalisme aussi, évoqué par l'idée même de *protection* : une protection qu'on accorde à l'incapable, non parce qu'on en a l'obligation, mais simplement parce que l'offense faite à un membre de la tribu est ressentie par le chef de tribu comme une offense faite à lui-même. Et c'est là qu'intervient la fameuse fiction juridique, le coup de baguette magique : car en « protégeant » l'individu dans la sphère internationale, l'État ne fait pas valoir le droit de ce dernier. Non, celui-ci s'éteint au moment même où l'État *l'endosse* : il subit une *novation* au sens du droit civil. L'incommunicabilité entre la « sphère interne » et la « sphère internationale » ne peut conduire qu'à son anéantissement au profit d'un nouveau droit, qui ne peut être qu'un droit de l'État, les États ayant seuls des droits dans la « sphère internationale ». Ainsi, en « prenant fait et cause pour l'un des siens », l'État fait « à vrai dire, valoir son droit propre » et non le droit de son ressortissant. Les partisans d'une telle interprétation relèvent deux éléments complémentaires, qu'ils identifient comme des *conséquences* de la nature de la protection diplomatique ainsi définie. Premièrement, la protection diplomatique est un *droit de l'État*, ce qui signifie que son exercice relève de son pouvoir discrétionnaire. Deuxièmement, la réparation due par l'État défendeur auteur du préjudice l'est à l'État et à lui seul. En endossant la réclamation de son ressortissant, l'État fait valoir son droit propre à la réparation d'un préjudice qui lui est causé indirectement, qui plus est par l'intermédiaire de la violation d'une obligation existant à

22. Dans la littérature la plus récente, voy. en part. la critique percutante formulée par Raphaële Rivier à propos de l'article 1^{er} des articles de la CDI sur la protection diplomatique : « Travaux de la Commission du droit international (cinquante huitième session) et de la Sixième Commission (soixante et unième session) », cet *Annuaire* 2006, pp. 322-325 et par ex. p. 323 : « La spécificité de la protection diplomatique tient pourtant au type de préjudice dont la réparation est demandée : le dommage subi par l'État du fait de l'atteinte portée à ses nationaux, en conséquence de la violation de règles internationales relatives au traitement des étrangers ». Voy. aussi Carlo SANTULLI, « Entre protection diplomatique et action directe : la représentation. Éléments épars du statut international des sujets internes », SFDI, *Le sujet en droit international*, Paris, Pedone, 2005, pp. 85 et suiv. : l'auteur fait une lecture univoque du *dictum*, qui maintient une distinction très nette entre l'action en protection diplomatique, l'action en représentation et l'action directe, ce qui lui permet de préserver l'interprétation classique de l'institution dans toute sa pureté.

23. Sur ce point, Vattel était bien hobbesien comme le montre le passage souvent cité, comme étant à l'origine de la fiction de la protection diplomatique : « Quiconque traite mal un citoyen porte indirectement préjudice à l'État, qui doit protéger ce citoyen. Le souverain de celui-ci doit venger le tort subi et, s'il le peut, obliger l'agresseur à réparer intégralement ce tort ou alors, le punir, puisque sinon le citoyen sera privé du produit essentiel de la société civile, c'est-à-dire de la sécurité ». *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, vol. III (1758), Chap. VI, p. 136. Cité dans le commentaire de la Commission sous l'article 1^{er} du projet d'articles, A/61/10, p. 25.

son égard. Aussi l'État reste-t-il le seul maître de la décision de restituer cette réparation au ressortissant concerné : en tout état de cause, une telle opération ne concerne pas le droit international, elle relève exclusivement du droit interne.

À y regarder de plus près, on peut douter que ces deux caractéristiques de la protection diplomatique soient vraiment des conséquences du fait qu'à travers celle-ci, l'État fasse valoir un droit – substantiel – qui lui est propre. Pour la première, elle se fonde plutôt sur le fait que l'État exerce un droit *procédural* qui lui propre ; c'est-à-dire qu'il met en œuvre une voie de droit qui n'est pas accessible aux individus et qui relève de sa seule décision. Dès lors, le problème se réduit à celui des obligations de l'État vis-à-vis des individus en matière de conduite de la politique étrangère (ou inversement de droit des individus à l'égard de l'État dans ce domaine). La question est résolue la plupart du temps sur le plan national, dans un sens qui, le rapporteur spécial de la CDI l'a remarqué, tend à restreindre progressivement la liberté de l'État²⁴. La Commission en a d'ailleurs pris acte dans son projet d'article 19, consacré aux « pratiques recommandées »²⁵. Le droit international général n'apporte pas vraiment de réponse dans ce domaine, même si des évolutions très nettes sur le plan régional se font sentir²⁶. Quant à la deuxième caractéristique – la liberté relative à l'attribution de la réparation – elle ne peut pas se comprendre d'un point de vue logique : le parallélisme des formes exigerait qu'une fois la réparation obtenue à l'issue de la procédure, l'État effectue une novation à l'envers dans son ordre interne, en substituant à l'obligation de réparation de l'État responsable du préjudice à son égard une nouvelle obligation de réparation dont il serait redevable à l'égard de l'individu.

À ces deux premières failles de l'interprétation « classique » vient s'ajouter une critique, souvent reprise : une telle interprétation est « illogique » au regard du régime juridique de la protection diplomatique qui exige que le ressortissant protégé conserve la même nationalité tout au long de la procédure (règle de la continuité de la nationalité) et qui conduit à faire du préjudice du particulier la « mesure » du préjudice théoriquement infligé à l'État. Aucune de ces deux règles ne semble en effet compatible avec l'idée selon laquelle l'État défendrait son droit propre : si c'était le cas, il n'y aurait nul besoin de se soucier du changement de nationalité de la personne protégée une fois engagée l'action ; et le préjudice de l'État devrait pouvoir faire l'objet d'une évaluation autonome, détachée de celle du préjudice individuel²⁷.

Ces apories ont conduit plusieurs auteurs à faire une autre lecture du *dictum* de l'arrêt *Mavrommatis*. Il ne nous appartient pas ici de rentrer dans le détail des

24. Voy. le commentaire du projet d'article 4 qui finalement n'a pas été repris par la CDI : *Premier rapport sur la protection diplomatique*, A/CN.4/506, pp. 24-27.

25. Art. 19 : « Un État en droit d'exercer sa protection diplomatique conformément au présent projet d'articles devrait : a) Prendre dûment en considération la possibilité d'exercer sa protection diplomatique, en particulier lorsqu'un préjudice important a été causé ».

26. Voy. not. les contributions de Jean-François FLAUSS, « Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique », in J.F. FLAUSS, *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 29-61 et « Contentieux européen des droits de l'homme et protection diplomatique » in *Libertés, Justice, Tolérance. Mélanges en l'honneur du Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 813-838. Pour les développements dans l'ordre juridique communautaire, voy. Denys SIMON/Flavien MARIATTE, « Le "droit" à la protection diplomatique : droit fondamental en droit communautaire ? », *Europe*, novembre 2006, Étude 11.

27. La règle de l'épuisement des voies de recours internes, à certains égards, semble également contrarier l'interprétation classique. Voy. Michel COSNARD, « Rapport introductif », SFDI, *Le sujet en droit international. Colloque du Mans*, Paris, Pedone, 2005, pp. 49-50 : « Ce n'est pas le moindre des paradoxes de cette institution que d'affirmer que seul le droit de l'État est en cause, mais de rendre son exercice tributaire d'une action ou non-action du particulier [...] ».

différentes lectures alternatives. Pour tenter de synthétiser ces approches, on dira qu'elles consistent à voir dans l'action en protection diplomatique une action en représentation de l'individu victime du préjudice, dans laquelle l'intérêt à agir de l'État est fondé sur la violation d'une obligation qui lui est propre. Autrement dit, la lecture « moderne » estime que deux droits distincts – voire trois – sont en jeu, et non un seul : d'une part, *le droit de la personne privée*, qui peut lui-même se subdiviser en deux sous-droits : le droit dont la violation par l'État défendeur est à l'origine du préjudice et le droit à la réparation de ce préjudice ; d'autre part, *le droit de l'État*, qui est le droit de cet État de voir respecté le droit international « en la personne de ses ressortissants » et qui fonde sa qualité pour agir. Selon l'interprétation « moderne », ce droit n'est rien d'autre que l'expression de la compétence personnelle attribuée à l'État par le droit international dans sa « circonscription internationale », pour reprendre le vocabulaire de Georges Scelle. À cet égard, l'exercice de la protection diplomatique se comprend, dans une perspective de dédoublement fonctionnel, comme l'exercice d'une fonction internationale orientée vers la garantie des droits des ressortissants. Ainsi l'État agit *pour le compte* d'une personne privée, il représente effectivement ses intérêts devant la justice internationale lorsque celle-ci ne reconnaît pas à la personne privée de *jus standi*. Mais cette action est en même temps justifiée et fondée par un droit de l'État qui lui appartient en propre²⁸. La violation de ce droit en la personne de son ressortissant entraîne d'ailleurs elle-même un *préjudice*, mais qui est essentiellement un préjudice moral ou *juridique*, pouvant et devant être réparé séparément du préjudice causé à l'individu²⁹. On sait que c'est là la conception qui a été retenue par la Commission du droit international, dans une perspective d'ailleurs plus pragmatique que dogmatique³⁰. Quant à la Cour, on ne croit pas qu'elle se soit jamais montrée réticente à cette approche. En fait, elle semble même progressivement l'avoir fait sienne. L'arrêt *Diallo* vient confirmer ce choix.

2. L'interprétation « moderne » de la protection diplomatique et l'apport de l'arrêt *Diallo* à cette interprétation

Plusieurs arrêts de la Cour montrent que celle-ci distingue en réalité trois types d'action en vue d'obtenir réparation d'un préjudice résultant d'un fait illicite : celle où l'État fait valoir son « droit propre », autrement dit l'action où l'État invoque un préjudice qui lui a été directement causé par la violation d'un obligation qui lui est due ; celle où l'État fait valoir le droit d'un de ses ressortissants,

28. Voy. en ce sens Annemarieke VERMEER-KÜNZLI, « As if: the Legal Fiction in Diplomatic Protection », *EJIL*, vol. 18, n° 1, 2007, pp. 37-68 et spec. p. 58.

29. Sur la notion de préjudice juridique, voy. Brigitte STERN, « Et si on utilisait le concept de préjudice juridique. Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la CDI sur la responsabilité des États », cet *Annuaire* 2001, pp. 3-34.

30. Motivée par la préoccupation, exprimée par le rapporteur spécial John Dugard, de ne pas prendre partie trop fermement dans la querelle de la définition, mais de préserver l'institution tout en l'adaptant aux nouveaux enjeux. Voy. en part. le commentaire sous l'article 1^{er} du projet d'article : « “À vrai dire” – pour citer l'arrêt *Mavrommatis* –, l'État ne fait pas seulement valoir son propre droit. “À vrai dire”, il fait aussi valoir le droit de son national lésé [...] Le projet d'article premier est formulé de manière à laisser ouverte la question de savoir si l'État qui exerce sa protection diplomatique le fait pour son propre compte ou pour celui de son national, ou les deux. » A/61/10. L'article 1^{er} est formulé de la manière suivante : « [a]ux fins du présent projet d'articles, la protection diplomatique consiste en l'invoquant par un État, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre État pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit État à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier État en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité ». Résolution de l'Assemblée générale 62/67 du 6 décembre 2007.

lorsque le préjudice a été causé à cette personne par la violation d'une obligation qui lui était due ; et enfin une action « mixte », où l'État invoque à la fois son « droit propre » et celui de la personne privée, le ou les faits internationalement illicites leur ayant simultanément porté préjudice.

Dans les affaires *Interhandel*, *Barcelona Traction* et *Elettronica Sicula (ELSI)*, la Cour et une chambre de la Cour (dans l'affaire *ELSI*) devaient répondre à la même question : le demandeur prétendait écarter l'application de la règle de l'épuisement des voies de recours internes au motif que la requête formulée aurait visé la réparation d'un préjudice qui lui aurait été causé directement. Dans les trois affaires, la Cour et la Chambre ont écarté cet argument, en constatant que les différends qui lui étaient soumis avaient pour objet la réparation des préjudices causés aux ressortissants des États demandeurs, ces derniers ayant, par leur requête « épousé » leur cause. Dans l'affaire *ELSI*, en particulier, la Chambre notait qu'elle ne parvenait pas

« à discerner en l'espèce un différend sur une prétendue violation du traité ayant pour résultat un préjudice directement causé aux États-Unis, différend qui serait à la fois distinct et indépendant du différend sur la violation dont le traité aurait été l'objet à l'égard de Raytheon et Machlett ».

Et elle concluait, après avoir rappelé les conclusions de la Cour dans l'affaire de l'*Interhandel* :

« De même dans la présente affaire, la Chambre ne doute pas que la question qui colore et imprègne la demande des États-Unis tout entière est celle du préjudice que Raytheon et Machlett auraient subi et qui aurait résulté des actions du défendeur. En conséquence, la Chambre rejette l'argument selon lequel on peut en l'espèce dissocier une partie de la réclamation du demandeur de façon que la règle de l'épuisement des recours internes ne s'y applique pas »³¹.

Dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda)*, la deuxième demande reconventionnelle de l'Ouganda juxtaposait les deux premiers types d'action : revendication d'un droit « propre » de l'État et revendication d'un droit individuel à travers la protection diplomatique. L'Ouganda se plaignait en effet des mauvais traitements infligés à la fois à ses diplomates mais aussi à certaines personnes n'ayant pas le statut diplomatique. Pour les diplomates, l'Ouganda s'appuyait sur la convention de Vienne sur les relations diplomatiques. En revanche « [p]ou les autres ressortissants ougandais ne jouissant pas d'un statut diplomatique, il fond[ait] sa demande [...] sur le standard minimum de justice qui est reconnu aux ressortissants étrangers présents sur le territoire d'un État »³². La Cour jugea recevable la demande s'agissant du personnel diplomatique et des autres personnes n'ayant pas le statut diplomatique mais se trouvant dans les locaux de l'ambassade au moment des incidents. En revanche, s'agissant des non-diplomates attaqués à l'aéroport international de Ndjili, alors qu'ils tentaient

31. *Affaire de l'Elettronica Sicula S.p.A (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie)*, arrêt du 20 juillet 1989, *Rec. 1989*, p. 43. Voy. le commentaire de Brigitte STERN, « La protection diplomatique des investissements internationaux. De *Barcelona Traction* à *Elettronica Sicula* ou les glissements progressifs de l'analyse », *JDI* 1990, pp. 897-945. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Belgique alléguait que le préjudice causé à ses actionnaires affectait son « économie nationale » et constituait donc un préjudice direct à son encontre. La Cour a rejeté cette allégation : *Affaire de la Barcelona Traction Light and Power Company Limited (nouvelle requête : 1962) (Belgique c. Espagne, deuxième phase)*, arrêt du 5 février 1970, *CIJ Rec. 1970*, p. 46, §§ 85-86. Voy. le commentaire de Jean Chappé dans l'*Annuaire* de 1970, pp. 307-328 et spec. sur cette question pp. 315-316.

32. *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (R.D.C. c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, p. 97, § 329.

de quitter le pays, la Cour jugea que l'Ouganda n'avait pas rapporté la preuve de la nationalité de ces personnes : dès lors, une des conditions de la mise en œuvre de la protection diplomatique n'était pas remplie et la demande était irrecevable³³.

Enfin, dans les affaires *LaGrand* et *Avena*, la Cour avait à connaître du troisième type d'action, une action « mixte », dans laquelle la revendication des droits « propres » de l'État était intrinsèquement mêlée à celle des droits individuels des personnes protégés. Cette mixité était liée à la nature même de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires, consacrant des droits « interdépendants » en ce sens où la violation des droits de l'État (à la notification, à la communication) entraînait nécessairement la violation des droits de l'individu (à la communication, à l'assistance) et inversement³⁴.

Ces arrêts mettent en valeur le fait que, dans une action en protection diplomatique « pure », la réparation est demandée avant tout pour le préjudice subi par le ressortissant, et non par l'État. L'État fait bien valoir en premier le droit (substantiel) de son ressortissant, et non son « droit propre ». Cela ne signifie pas qu'aucun droit de l'État n'entre en jeu : l'acte illicite du défendeur viole bien un droit qui est dû à l'État, mais cette violation n'est constatée qu'en lien avec celle qui affecte le droit du ressortissant. Et ce constat a essentiellement pour fonction de conférer à l'État *qualité pour agir*, même s'il peut également entraîner l'octroi d'une réparation morale au bénéfice de l'État. Cette dimension est bien mise en valeur par la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction*.

À la suite du passage fameux souvent cité, où la Cour fait une distinction entre les obligations *erga omnes* et les « obligations dont la protection diplomatique a pour objet d'assurer le respect », la Cour distingue la question de la violation du droit des ressortissants (en l'espèce les actionnaires), fondement de l'obligation de réparation, et la violation du droit de l'État, qui confère à celui-ci *qualité pour agir* :

« En l'espèce, il est donc capital de rechercher si les pertes qu'auraient subi des actionnaires belges de la *Barcelona Traction* ont eu pour cause la violation d'obligations dont ils étaient bénéficiaires. Autrement dit, un droit de la Belgique a-t-il été violé du fait que des droits appartenant à des ressortissants belges, actionnaires d'une société n'ayant pas la nationalité belge, auraient été enfreints ? C'est donc l'existence ou l'inexistence d'un droit appartenant à la Belgique et reconnu comme tel par le droit international qui est décisive en ce qui concerne le problème de la *qualité de la Belgique* »³⁵.

Deux droits sont donc violés : le droit des actionnaires ; et le droit de la Belgique, *du fait de* la violation des premiers. Et c'est la violation de ce dernier droit qui donne à la Belgique *qualité pour agir*.

L'arrêt *Diallo* rentre dans cette catégorie d'une action en protection diplomatique pure, où l'État prend fait et cause pour un de ses ressortissants et fait valoir avant tout les droits substantiels de son ressortissant. Certes, dans sa requête, la

33. *Id.*, p. 98, §§ 331-333.

34. Voy. le paragraphe 40 de l'arrêt *Avena*, dans lequel la Cour s'appuie sur le distinguo déjà effectué dans l'arrêt *LaGrand* : « Dans ces circonstances toute particulière d'interdépendance des droits de l'État et des droits individuels, le Mexique peut, en soumettant une demande en son nom propre, inviter la Cour à statuer sur la violation des droits dont il soutient avoir été victime à la fois directement et à travers la violation des droits individuels conférés à ses ressortissants par l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36. » Pour un commentaire : Myriam BENLOLO-CARABOT, « L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)* du 31 mars 2004 », cet *Annuaire* 2004, pp. 259-291 et en part. p. 270.

35. *CIJ Rec. 1970*, pp. 32-33, §§ 35-36. Nous soulignons.

Guinée demande en premier lieu à la Cour d'« [o]rdonner aux autorités de la République démocratique du Congo à présenter des excuses officielles et publique à l'État de Guinée pour les nombreux torts qu'elles lui ont causés en la personne de son ressortissant », mais il est évident que là n'est pas le cœur de la requête, et encore moins le « cœur du différend » : celui-ci se situe dans les demandes suivantes, tendant au remboursement des créances détenues par les sociétés de M. Diallo. Sur ce point, la requête montre à quel point la Guinée et M. Diallo apparaissent interchangeable en tant que créancier, c'est-à-dire que la Guinée apparaît véritablement comme représentant les intérêts de M. Diallo devant la Cour : la Guinée demande à la Cour de « [c]ondamner l'État congolais à verser à l'État de Guinée, pour le compte de son ressortissant *Diallo Ahmadou Sadio*, les sommes de [...] couvrant les préjudices financiers subis par ledit ressortissant » ; elle demande également la condamnation du Congo à « restituer au requérant [et non à la Guinée, ndla] tous les biens non valorisés répertoriés dans la rubrique des créances diverses ».

Les demandes telles que reformulées dans le mémoire respectent mieux le formalisme traditionnel de la protection diplomatique : la Guinée demande à la Cour de constater la commission de faits illicites commis par la RDC et « de ce fait », l'obligation de réparation intégrale du préjudice « subi par la République de Guinée en la personne de son ressortissant. » On voit cependant qu'au-delà de la forme, le fond de la demande reste identique : il s'agit de l'octroi d'une réparation « couvrant l'ensemble des dommages causés par les faits internationalement illicites de la République démocratique du Congo, y compris le manque à gagner » et « les intérêts ». Autrement dit : il s'agit de réparer le préjudice prétendument causé à M. Diallo. Concentrée sur le préjudice causé à son ressortissant, la Guinée va même jusqu'à en oublier les « excuses officielles » qu'elle avait demandé dans sa requête, au titre de réparation morale pour le préjudice causé à ses « droits propres ».

Mais quel est, dès lors, l'apport de l'arrêt *Diallo* ? Il réside essentiellement dans la confirmation et dans l'approfondissement de l'approche « moderne » de la protection diplomatique.

Confirmation d'abord, parce que la Cour, au moment de rappeler ce qu'est l'institution de la protection diplomatique, écarte toute ambiguïté quant à sa démarche, en préférant citer l'article premier du projet d'articles de la CDI plutôt que le *dictum* de la Cour permanente dans l'affaire *Mavrommatis*. Venant épauler la démarche de la CDI, la Cour reconnaît que l'article premier constitue le reflet fidèle du droit international coutumier³⁶. Preuve, s'il en est, qu'à ses yeux, la protection diplomatique comme institution du droit international général a changé de nature depuis 1924. Enrichissement ensuite, car la Cour détache pour la première fois explicitement dans sa jurisprudence la protection diplomatique des règles primaires du droit international applicables au traitement des étrangers. Dans un *obiter dictum* qui probablement fera date, la Cour constate l'extension du champ d'application matériel de la protection diplomatique, notamment aux droits de l'homme :

« En raison de l'évolution matérielle du droit international au cours de ces dernières décennies, dans le domaine des droits reconnus aux personnes, le champ d'application *ratione materiae* de la protection diplomatique, à l'origine limité aux violations alléguées du standard minimum de traitement des étrangers, s'est étendu par la suite pour inclure notamment les droits de l'homme internationalement garantis »³⁷.

36. Arrêt, p. 17, § 39.

37. *Id.*

Jusqu' alors, la protection diplomatique ne s'exerçait qu'en lien avec des obligations exclusivement dues à l'État ou, à la limite, avec des obligations conférant des droits substantiels à la fois aux individus et à l'État. Les règles du « standard minimum de civilisation » protégeaient certes l'individu, mais conféraient essentiellement des droits substantiels à l'État. Les règles de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires conféraient des droits tant aux individus qu'à l'État, mais ces deux catégories de droits étaient placés dans une situation d'interdépendance et se trouvaient dans le contexte d'un instrument mettant l'accent sur les relations interétatiques. L'interprétation « moderne » trouvait ainsi sa limite : tout en admettant que la protection diplomatique puisse s'exercer essentiellement en revendication de droits individuels, la Cour en limitait l'application à des droits soit indissociables, soit interdépendants des droits étatiques.

Dans l'affaire *Diallo*, la Guinée invoquait – de manière assez chaotique d'ailleurs³⁸ – à la fois les règles relatives au traitement des étrangers et les droits de l'homme reconnus conventionnellement. La Cour a saisi cette occasion pour constater qu'à partir du moment où la protection diplomatique pouvait s'exercer pour protéger des droits individuels non liés à des droits étatiques, il n'y avait aucune raison d'en restreindre le champ d'application aux droits des étrangers. Désormais, ce sont *tous* les droits individuels, créés conventionnellement, ou reconnus par le droit coutumier, qui peuvent être invoqués dans une action en protection diplomatique.

Dans le cadre d'une telle action, l'État doit seulement justifier de sa qualité à agir : celle-ci se fonde sur la violation de son droit à voir respecter les droits reconnus aux personnes privées par le droit international. Cette solution est évidemment applicable aux traités en matière de droits de l'homme, dans la mesure où tout traité de ce type, en plus de conférer des droits des individus, crée également un droit pour tous les États parties de voir respectées les obligations qui sont posées par le traité : c'est sur ce principe que sont fondés les mécanismes de « garantie collective » incarnés par les procédures de plainte interétatiques. Au-delà des traités en matière de droits de l'homme, on peut considérer que cette solution est applicable à tous les traités *intégraux* conférant des droits aux personnes privées et créant des obligations *erga omnes partes*.

Est-ce à dire que la protection diplomatique est devenue un instrument de protection des droits de l'homme, comme on l'a dit souvent ces dernières années³⁹ ? Dans une certaine mesure, oui, puisque l'État peut, à travers cette action, représenter un de ses nationaux dont les droits de l'homme ont été bafoués. Cette évolution vient conforter par la même occasion le rôle croissant de la Cour internationale de Justice comme « juge des droits de l'homme »⁴⁰. Pour

38. Le chaos est particulièrement perceptible dans la requête. Le mémoire au fond, sans y mettre un terme, met un peu d'ordre dans les arguments.

39. Voy. par ex. Monica PINTO, « De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme », *RGDIP* 2002, pp. 513-547.

40. La Cour a de plus en plus souvent l'occasion de se prononcer sur la portée, le sens voire sur la mise en œuvre des droits de l'homme internationalement reconnus : voy. évidemment les deux affaires sur la protection consulaire (*LaGrand* et *Avena*) mais aussi l'affaire *Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda)*, l'affaire du *Génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie)*, les affaires relatives à l'application de la compétence universelle (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 / Yerodia (RDC c. Belgique)*) et *Certaines procédures pénales engagées en France (Congo c. France)*. La même tendance se traduit dans l'activité consultative, avec l'affaire du *Mur en Palestine occupée*. Sur la Cour comme « juge des droits de l'homme », cf. Emmanuel DECAUX, « La Cour internationale de Justice et les droits de l'homme », *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, vol. II, Editoriale scientifica, Napoli, 2004, pp. 921-970.

autant, elle reste un instrument de protection des droits de l'homme limité, dans la mesure où son cadre reste inchangé : les conditions de sa mise en œuvre, notamment, demeurent les mêmes, qu'il s'agisse de l'épuisement des voies des recours internes ou de la condition de nationalité. Cette condition de nationalité fait qu'un État ne peut pas, au titre de la protection diplomatique, agir au bénéfice d'un individu qui n'aurait pas sa nationalité. L'action qui permet cette protection sans considération de nationalité est différente : elle se fonde sur la logique propre des normes *erga omnes* (dans le droit international général) ou *erga omnes partes* (pour le droit conventionnel), logique mise en forme dans les articles de la CDI sur la responsabilité pour fait internationalement illicite⁴¹. De ce point de vue, la protection diplomatique garde son identité : elle reste une action spécifiquement orientée vers la défense des droits des ressortissants de l'État.

B. *Le cadre inchangé de la protection diplomatique*

La protection diplomatique a changé de nature, mais elle garde un cadre inchangé. Cela n'a rien de choquant ni de dérangeant⁴². L'institution tente de s'adapter, elle cherche à refléter les nouveaux enjeux du droit international. Mais le maintien de son régime juridique permet de préserver son identité et son autonomie par rapport à d'autres formes d'actions : l'action directe de l'individu pour défendre ses droits, par exemple sur le fondement de clauses d'attribution de la compétence à des organes juridictionnels ou quasi-juridictionnels pour connaître de plaintes individuelles en matière de droits de l'homme ; l'action directe de l'État pour défendre ses droits « propres » ; l'action « mixte » lorsque les droits individuels et les droits propres de l'État sont entremêlés ou indissociables ; et enfin l'action populaire, (ou *actio popularis*) en défense de l'intérêt général sur le fondement d'une norme *erga omnes*, comme le système de « garantie collective » de la convention européenne des droits de l'homme, tel que décrit par la Commission dans l'affaire *Autriche c. Italie*.

Cette identité se traduit par trois éléments : l'action en protection diplomatique est exercée par l'État (et non par une personne privée) ; pour être mise en œuvre, elle doit remplir deux conditions qui restent formellement inchangées depuis 1924, même si leur interprétation a pu évoluer en substance : l'épuisement des voies de recours internes et la condition de nationalité.

Les exceptions préliminaires formulées par la RDC portaient essentiellement sur ces deux points⁴³.

1. *La condition d'épuisement des voies de recours internes*

Elle constitue une caractéristique de l'action en protection diplomatique – même si elle ne suffit pas à l'identifier.

41. Voy l'art. 48 « Invocation de la responsabilité par un État autre que l'État lésé », rés. Ass. Gén. 56/83.

42. Pour une critique de cette dissociation entre l'élargissement de l'objet et le maintien du régime, voy. Raphaële RIVIER, *op. cit.*, p. 325

43. Implicitement, la Cour écarte la « théorie des mains propres » qui avait été invoquée par le Congo, furtivement de manière explicite (v. EP, p. 99), et continûment de manière implicite, en revenant sans cesse sur la personnalité de M. Diallo, accusé de s'être rendu coupable de nombreux méfaits (corruption, trafic de fausses devises...) et d'avoir eu un comportement insultant et extravagant vis-à-vis de ses débiteurs. On sait que cette théorie ne constitue pas une condition de recevabilité de l'action en protection diplomatique : c'est la conclusion à laquelle la Commission pour le droit international est arrivée, sur la base du sixième rapport de son expert indépendant, John Dugard : A/CN.4/546.

Elle en est une caractéristique parce que lorsque l'État agit directement pour défendre ses « droits propres », la condition n'est pas exigée, même lorsque sont en cause des préjudices causés à des personnes privées. Dans les affaires *Interhandel*, *Barcelona Traction* et *ELSI*, les demandeurs cherchaient à faire reconnaître que leur demande avait un caractère *direct* précisément pour pouvoir écarter l'exception opposée par le défendeur fondée sur la règle de l'épuisement des voies de recours internes : dans les trois affaires, la Cour a au contraire confirmé que la demande correspondait bien à une action en protection diplomatique et que, en conséquence, elle était soumise à la règle. Plus clairement encore, dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda)*, la RDC opposait à l'Ouganda la règle de l'épuisement quant à sa deuxième demande reconventionnelle qui concernait le traitement infligé par les autorités du Congo à des personnes de nationalité ougandaise, dont des diplomates. Or, la Cour a constaté que la règle ne pouvait pas s'appliquer s'agissant du traitement infligé à ces derniers :

« Pour ce qui concerne tout d'abord les mauvais traitements qui auraient été infligés à des diplomates ougandais se trouvant dans les locaux de l'ambassade ou ailleurs, la Cour observe que la deuxième demande reconventionnelle de l'Ouganda vise à obtenir réparation des dommages que celui-ci aurait lui-même subis du fait des prétendues violations par la RDC de l'article 29 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques. Dès lors, l'Ouganda n'exerce pas sa protection diplomatique au nom des victimes, mais fait valoir des droits propres que lui confère la convention de Vienne. La Cour conclut en conséquence que le non épuisement des voies de recours internes ne fait pas obstacle à la demande reconventionnelle que l'Ouganda a présenté au titre de l'article 29 de la Convention de Vienne et que, par suite, ladite demande est recevable »⁴⁴.

Le même raisonnement s'applique à l'action directe exercée par la République démocratique du Congo à l'encontre du mandat d'arrêt délivré par la Belgique contre son ex-ministre des affaires étrangères, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*⁴⁵. La CDI a examiné la question de l'application de la règle aux réclamations « mixtes », du type de celles formulées dans les affaires *LaGrand* et *Avena* : dans ce cas, selon la Commission, « il incombe au tribunal d'en examiner les différents éléments pour décider si c'est l'élément direct ou l'élément indirect qui est prépondérant ». Lorsque l'élément indirect est prépondérant, la règle s'applique. À l'inverse, lorsque la requête met principalement en avant les « droits propres » de l'État, l'épuisement des voies de recours internes n'est pas requis⁴⁶.

Si la règle de l'épuisement des voies de recours internes apparaît donc comme caractéristique de l'action en protection diplomatique, elle ne suffit pas pour autant à l'identifier : la condition est en effet exigée dans d'autres types d'action,

44. Arrêt précité, p. 97, § 330.

45. *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt du 14 février 2002. Voy. le commentaire de Carlo SANTULLI, cet *Annuaire* 2002, pp. 257-280.

46. Voy. les commentaires de la Commission sous l'article 14 du projet d'articles sur la protection diplomatique, A/61/10, p. 77. La Commission énonce ce principe de manière peu claire dans le paragraphe 3 de l'article 14 de ses articles : « Les recours internes doivent être épuisés lorsqu'une réclamation internationale ou une demande de jugement déclaratif lié à la réclamation est faite, principalement en raison d'un préjudice causé à une personne ayant la nationalité de l'État réclamant ou à une autre personne visée dans le projet d'article 8. » On peut se demander si ce principe reflète vraiment ce que la Cour a voulu dire au paragraphe 40 de son arrêt *Avena* : en l'espèce, c'est parce que les deux séries de droit étaient interdépendants que la Cour a décidé que le régime de la demande devait être aligné sur celui de son volet étatique. Dans ce sens : Serana FORLATI, « Protection diplomatique, droits de l'homme et réclamations "directes" devant la Cour internationale de Justice. Quelques réflexions en marge de l'arrêt *Congo/Ouganda* », *RGDIP* 2007, t. 111, pp. 89-116, p. 111.

et en particulier pour l'action directe de l'individu devant une instance internationale en matière de droits de l'homme. La raison en est que la condition d'épuisement est essentiellement comprise comme une règle procédurale qui, traduisant le principe de subsidiarité, a pour objectif de laisser à l'État une chance de réparer le préjudice dans son ordre interne, avant d'en recourir aux instances internationales.

L'arrêt *Diallo* traite la condition selon cette conception désormais largement admise⁴⁷. Suivant à la fois la structure de l'argumentation de la RDC et sa propre jurisprudence, la Cour examine la condition au titre d'une exception préliminaire portant sur la recevabilité de la requête. Elle le fait avec une grande économie de moyen c'est-à-dire, finalement, avec une grande souplesse. Après avoir rappelé la définition de la condition telle qu'énoncée dans son arrêt *Interhandel*, elle souligne la règle s'appliquant en matière de charge de preuve :

« [e]n matière de protection diplomatique, c'est au demandeur qu'il incombe de prouver que les voies de recours internes ont bien été épuisées ou d'établir que des circonstances exceptionnelles dispensaient la personne prétendument lésée et dont il entend assurer la protection d'épuiser les recours internes disponibles [...]. Quant au défendeur, il lui appartient de convaincre la Cour qu'il existait dans son ordre juridique interne des recours efficaces qui n'ont pas été épuisés [...] »⁴⁸.

Sur cette base, la Cour va examiner le respect de la condition quant à la revendication des droits individuels de M. Diallo ainsi qu'au regard de ses « droits propres » en tant qu'actionnaire de ses sociétés. Elle n'aura pas, en revanche, à l'envisager s'agissant des droits de M. Diallo au regard des atteintes portées aux sociétés elles-mêmes, dans la mesure où la Cour jugera cette partie de la requête irrecevable faute de qualité pour agir.

S'agissant des droits individuels de M. Diallo, les parties n'avaient assez curieusement débattu que de la recevabilité des allégations relatives à son expulsion, et non celles relatives à son arrestation, à son emprisonnement et aux mauvais traitements qu'il aurait subis en détention. La Cour s'en tient aux conclusions des parties : elle n'aborde la question des voies de recours internes qu'en ce qui concerne l'expulsion de M. Diallo, ce qui signifie qu'elle juge implicitement recevable les autres allégations de la Guinée⁴⁹. Pour autant, la Cour ne s'est pas prononcée explicitement sur l'épuisement des voies de recours internes s'agissant de ces allégations : peut-on estimer que la RDC serait fondée à y revenir dans une phase ultérieure ?⁵⁰ On a tendance à penser que, compte tenu de la formulation du dispositif, la décision sur la recevabilité est *res judicata* pour l'ensemble des traitements allégués. De plus, en ne soulevant aucunement la question, il est probable que la RDC pourrait se voir opposer une forme d'*estoppel*.

47. Voy. le *Deuxième rapport sur la protection diplomatique* du rapporteur de la Commission, John Dugard : A/CN.4/514, pp. 15-34, les commentaires sous le projet d'article 12 qui n'a pas été repris dans le projet d'articles final soumis par la Commission à l'Assemblée générale.

48. Arrêt, § 44. La Cour cite dans ce sens l'arrêt *ELSI*, pp. 43-44, § 53. Voy. sur ce point le projet d'article 15 dans le *Troisième rapport sur la protection diplomatique*, A/CN.4/523, pp. 41 et suiv.

49. La formulation très large du dispositif semble accréditer cette interprétation : 3) a) « *Déclare la requête de la République de Guinée recevable en ce qu'elle a trait à la protection des droits de M. Diallo en tant qu'individu* ».

50. Dans ce sens, voy. Philippe WECKEL et Thierry GARCIA, Guillaume AREOU (collab.), « Chronique de jurisprudence internationale », *RGDIP*, 2007, pp. 705-713. Dans l'affaire *Nottebohm*, la Cour s'est prononcée sur les exceptions préliminaires du Guatemala dans un premier arrêt de 1953. Dans son contre-mémoire, le Guatemala introduit toutefois une nouvelle exception d'irrecevabilité, fondée sur la condition de nationalité, qui sera retenue par la Cour dans son deuxième arrêt de 1955. Rien n'interdit *a priori* à la Cour d'examiner, lors de la deuxième phase d'une affaire, une exception sur laquelle elle ne s'est pas prononcée dans son arrêt sur les exceptions préliminaires.

La Cour rejette l'exception de la RDC en s'appuyant sur deux arguments. Le premier évoque la maxime *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* : au moment de son expulsion, Diallo s'est vu remettre un procès-verbal de « refoulement » pour des raisons sur lesquelles la Cour ne s'attarde pas, mais dont la requête de la Guinée donne quelques explications⁵¹. Or, en droit congolais, le refoulement est une mesure qui est expressément sans recours :

« La Cour estime que la RDC ne saurait aujourd'hui se prévaloir du fait qu'une erreur aurait été commise par ses services administratifs au moment du "refoulement" de M. Diallo pour prétendre que celui-ci aurait dû traiter cette mesure comme une expulsion. M. Diallo, en tant que destinataire de la mesure de refoulement, était autorisé à tirer les conséquences de la qualification juridique ainsi donnée par les autorités zaïroises, et ce y compris au regard de la règle de l'épuisement des voies de recours internes »⁵².

Le deuxième argument paraît moins artificiel : il a trait aux types de recours que la règle exige d'épuiser. En effet, le seul recours que la RDC avait pu faire valoir était un recours à titre gracieux auprès du premier ministre en vue de reconsidérer sa décision⁵³. À cela la Cour répond en « rappelant » que « si les recours internes qui doivent être épuisés comprennent tous les recours de nature juridique, aussi bien les recours judiciaires que les recours devant les instances administratives, les recours administratifs ne peuvent être pris en considération aux fins de la règle de l'épuisement des voies de recours internes que dans la mesure où ils visent à faire valoir un droit et non à obtenir une faveur, à moins qu'ils ne soient une condition préalable essentielle à la recevabilité de la procédure contentieuse ultérieure »⁵⁴. L'argument manifeste l'influence de l'interprétation de la règle par les juridictions ou quasi-juridictions en matière de droits de l'homme, puisqu'il trouve son origine dans la décision de la Commission européenne des droits de l'homme sur la recevabilité rendue dans l'affaire *De Becker*⁵⁵. La CDI cite cette décision, ainsi que plusieurs auteurs de doctrine allant dans le même sens, dans son commentaire de l'article 14 des articles sur la protection diplomatique⁵⁶. C'est sur ce passage que le demandeur a attiré l'attention de la Cour lors de ses plaidoiries, ce qui a probablement décidé celle-ci à en reprendre la substance dans son raisonnement⁵⁷.

S'agissant maintenant des droits « propres » de M. Diallo en tant qu'associé, la Cour profite des approximations de l'argumentaire des parties pour rejeter l'exception en deux paragraphes. Pourtant, la Guinée comme la RDC avaient été prolixes sur la question des recours internes : mais à vrai dire, ils avaient concentré leurs feux sur les recours internes ouverts pour la récupération des créances des deux sociétés, et non pour la revendication des droits propres de Diallo comme associé. Dès lors le raisonnement de la Cour se décompose en deux étapes : premièrement, elle « note » que la Guinée a présenté la violation des

51. Cf. *supra* introduction.

52. Arrêt, p. 19, § 46.

53. Cf. EP, pp. 134-135.

54. Arrêt, § 47.

55. *De Becker c. Belgique*, n° 214/56 (1958-1959), décision du 9 juin 1958, p. 16, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, p. 238.

56. A/61/10, p. 74. Voy. aussi pour plus de détails le *Deuxième rapport sur la protection diplomatique* du rapporteur spécial John Dugard, A/CN.4/514, p. 8.

57. Cf. CR 2006/51, pp. 58-59. Voy. *contra* l'opinion individuelle du juge *ad hoc* Mampuya, p. 15, qui soutient 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 ».

droits de Diallo comme associé comme une « conséquence directe de son expulsion ». Or la Cour vient de constater qu'aucun recours efficace n'existait contre une expulsion en RDC. Deuxièmement, la RDC n'a pas montré qu'il existait des recours spécifiques contre les violations des droits propres de Diallo comme associé, puisque toutes les discussions se sont concentrées sur les recours potentiellement ouverts aux sociétés : par conséquent la RDC n'a pas satisfait à sa charge et la « question de l'efficacité de ces voies de recours, en tout état de cause, ne se pose pas »⁵⁸.

Une discussion plus approfondie sur les voies recours est donc esquivée. On ne peut que s'en réjouir sur le plan de l'économie procédurale : la Cour n'est pas là pour spéculer sur l'évolution du droit international, mais pour trancher des différends. Il n'en reste pas moins que les arguments échangés par les parties – même de manière assez désordonnée – ouvraient des perspectives intéressantes dans ce prétoire, en exploitant les exceptions à la règle codifiées par la CDI dans l'article 15 de ses articles sur la protection diplomatique⁵⁹ – exceptions parfois tirées de la jurisprudence en matière de droits de l'homme⁶⁰ – ou en explorant des problèmes à la solution encore incertaine en droit positif⁶¹.

2. La condition de nationalité

Comme la condition d'épuisement des voies de recours internes, la condition de nationalité est caractéristique de l'action en protection diplomatique, même si elle ne suffit pas à l'identifier.

Elle est caractéristique de l'action en protection diplomatique parce qu'elle n'est pas exigée pour d'autres types d'action, comme l'action directe de l'individu dans le domaine des droits de l'homme ou l'action directe de l'État en vue d'assurer le respect d'une norme *erga omnes*. Mais à l'inverse, elle s'impose dans le cadre d'actions distinctes de la protection diplomatique, comme l'action directe de l'individu en matière de protection des investissements⁶² ou encore l'action directe de l'État pour protéger ses « droits propres » en relation avec un préjudice causé à ses ressortissants, comme le montrent les réclamations mixtes exercées dans les affaires *LaGrand* et *Avena*.

58. Arrêt, § 74.

59. Voy. notamment la plaidoirie du professeur Jean-Marc Thouvenin, CR 2006/51, pp. 50 et suiv., qui cite l'article 15 des articles de la CDI pour structurer son argumentation : art. 15 d) « La personne lésée est manifestement empêchée d'exercer les recours internes » en raison de son expulsion et du fait que cette expulsion l'a laissée sans moyens financiers lui permettant de poursuivre les procédures au Congo ; a) « Il n'y a pas de recours internes raisonnablement disponibles pour accorder une réparation efficace » en raison de l'absence de recours contre la mesure d'expulsion ; a), deuxième partie « ou les recours internes n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une telle réparation » en raison de l'intervention de l'exécutif dans l'exécution des décisions de justice ; b) « L'administration du recours subit un retard abusif attribuable à l'État prétendument responsable » car les deux affaires dans lesquelles des recours ont été exercées sont toujours pendantes devant la Cour suprême du Congo après 14 et 13 ans de procédure.

60. Dans sa plaidoirie, Jean-Marc Thouvenin se réfère notamment à la jurisprudence de la Commission africaine des droits de l'homme, organe de supervision de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples, à laquelle les deux États sont parties.

61. Notamment la question de savoir si l'indigence du requérant est susceptible de constituer une exception à la règle de l'épuisement. Assez bizarrement, la Guinée soutient cette thèse dans son mémoire sur le fond, en se réclamant de l'arrêt *Airey c. Irlande* de la Cour européenne des droits de l'homme (mémoire, p. 105) avant de faire volte-face dans la phase orale en affirmant le contraire (CR 2006/51, p. 55), retournement que la RDC ne manque d'ailleurs pas de relever (CR 2006/52, p. 23).

62. Cf. l'article 25 de la convention de Washington de 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États.

La condition de nationalité est l'expression de la compétence personnelle de l'État à l'égard de ses ressortissants. Cette compétence s'exerce selon la règle du dédoublement fonctionnel : à la fois dans l'intérêt de l'État lui-même, mais aussi dans l'intérêt de la communauté internationale. Au titre de la première fonction, la protection diplomatique est l'expression non seulement d'un *droit* de l'État à voir respectés ses ressortissants à l'étranger, mais aussi d'un *intérêt* de l'État à favoriser son expansion dans le monde, sur le plan économique ou culturel⁶³.

Au titre de la seconde fonction, l'État exerce sa protection dans le domaine de compétence personnelle qui lui est dévolu par le droit international en vue d'en réaliser les fins, à savoir la garantie, au bénéfice des individus, de la réalisation des « situations juridiques régulières » : à ce titre, la condition de nationalité n'est rien d'autre que la marque de la répartition des compétences qu'opère le droit international entre ses différents agents d'exécution que sont les États⁶⁴.

En l'espèce, la Cour devait s'interroger sur le respect de la condition de nationalité à propos des trois volets de la demande guinéenne. S'agissant des droits individuels de M. Diallo, le respect de la condition ne posait guère de problème dans la mesure où personne ne contestait que M. Diallo avait acquis la nationalité guinéenne par la naissance. La RDC aurait-elle pu opposer à la Guinée l'absence de lien effectif qui l'unissait à son ressortissant, s'inspirant ainsi de l'arrêt *Nottebohm*⁶⁵ ? Après tout, avant d'en être expulsé, Diallo vivait depuis trente quatre ans en RDC et à aucun moment il n'a été dit qu'une partie de ses bénéfices avait été réinvestis dans son pays d'origine. Mais on sait que la solution adoptée par la Cour dans l'affaire *Nottebohm* a été considérée par la doctrine et par la CDI⁶⁶ comme devant être limitée aux faits très particuliers de l'espèce : *Nottebohm* avait acquis la nationalité du Liechtenstein par naturalisation (alors qu'il était à l'origine allemand) et n'entretenait que des liens très ténus avec ce pays, à l'inverse de ceux qui le reliaient avec le Guatemala, pays contre lequel l'action était dirigée. En fait, la règle de l'effectivité posée dans l'arrêt *Nottebohm* devrait être comprise essentiellement comme une application du principe de bonne foi : « [l]a nationalité sera reconnu aux fins de la protection diplomatique dès lors qu'elle n'a pas été octroyée de mauvaise foi »⁶⁷. Les faits de l'affaire *Diallo* ne posaient évidemment aucune question de cette nature.

La protection des droits de *Diallo* en tant qu'associé pouvait paraître plus problématique, et les parties y consacrèrent des échanges substantiels. La discussion se concentrait autour de l'interprétation d'un passage de l'arrêt de la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Dans cette affaire, rappelons-le, la Belgique cherchait à exercer sa protection diplomatique au bénéfice des actionnaires belges d'une société anonyme de droit canadien (la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*) à laquelle l'État espagnol aurait porté préjudice. La Cour constate que l'institution juridique de la société anonyme a pour objet d'établir une séparation nette entre le patrimoine de la société et celui du ou

63. La Guinée ne dit pas autre chose, lorsqu'elle explique les raisons qui l'ont poussée à exercer sa protection à l'égard de M. Diallo : « Si elle a décidé de protéger les intérêts de M. Diallo et de ses sociétés, c'est que, bien qu'elle fasse partie de la catégorie des pays les moins avancés, la Guinée est convaincue de disposer d'une richesse : ses neuf millions de ressortissants, qui se reconnaissent dans la devise du pays : « travail, justice, solidarité ». À leur égard, la République de Guinée a un devoir de solidarité et de justice, qu'ils se trouvent sur son territoire, ou à l'étranger. C'est dans cet état d'esprit que s'inscrit la démarche guinéenne. (CR 2006/51, p. 9).

64. Voy. en ce sens Georges SCELLE, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI* 1933 IV, t. 46, pp. 656-658.

65. Voy. Affaire *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt du 6 avril 1995.

66. Voy. le commentaire de la Commission sous le projet d'article 4, A/61/10, p. 33.

67. John DUGARD, *Premier rapport sur la protection diplomatique*, A/CN.4/506, § 118.

des actionnaires. Cette séparation est opérée en conférant à la société anonyme une personnalité juridique propre, distincte de celle de ses actionnaires⁶⁸. Il en résulte que lorsqu'un dommage est causé à la société, les actionnaires peuvent en subir les conséquences. Pour autant, cela ne leur donne pas droit à réparation. Pour établir cette règle, la Cour se fonde sur la distinction entre « droit » et « intérêt » :

« La responsabilité n'est pas engagée si un simple intérêt est touché ; elle ne l'est que si un droit est violé, de sorte que des actes qui ne visent et n'atteignent que les droits de la société n'impliquent aucune responsabilité à l'égard des actionnaires même si leurs intérêts en souffrent »⁶⁹.

On reviendra plus loin sur le sens et sur la portée de cette règle. Toujours est-il que, juste après l'avoir énoncée, la Cour la nuance de la manière suivante :

« La situation est différente si les actes incriminés sont dirigés contre les droits propres des actionnaires en tant que tels. Il est bien connu que le droit interne leur confère des droits distincts de ceux de la société, parmi lesquels le droit aux dividendes déclarés, le droit de prendre part aux assemblées générales et d'y voter, le droit à une partie du reliquat d'actif de la société lors de la liquidation. S'il est porté atteinte à l'un de leurs droits propres, les actionnaires ont un droit de recours indépendant. Il n'y a pas de divergences de vues entre les parties sur ce point. Il convient toutefois de distinguer entre une atteinte directe aux droits des actionnaires et les difficultés ou pertes financières auxquelles ils peuvent se trouver exposés en raison de la situation de la société »⁷⁰.

La CDI a repris cette idée dans l'article 12 de ses articles sur la protection diplomatique, au titre d'une « clause de sauvegarde visant à protéger les actionnaires dont les droits propres, par opposition à ceux de la société, ont subi une atteinte »⁷¹ :

« *Atteinte directe aux droits des actionnaires.*

Dans la mesure où un fait internationalement illicite d'un État porte directement atteinte aux droits des actionnaires en tant que tels, droits qui sont distincts de ceux de la société, l'État de nationalité desdits actionnaires est en droit d'exercer sa protection diplomatique à leur profit ».

En l'espèce, la Guinée invoquait la législation nationale congolaise pour mettre en valeur les droits que détenait M. Diallo en tant qu'associé des sociétés *Africom-Zaire* et *Africontainers*. Pour elle, ces droits étaient essentiellement de deux ordres : « droits patrimoniaux » d'une part, « parmi lesquels le droit aux dividendes de ces sociétés » ; « droits fonctionnels » d'autre part, « parmi lesquels le droit de contrôler, de surveiller et de gérer lesdites sociétés ». Or, pour la Guinée, « l'arrestation, la détention et l'expulsion de M. Diallo » non seulement avaient eu pour effet de l'empêcher d'exercer ces droits propres, mais surtout avaient été « motivées par la volonté de l'empêcher d'exercer ces droits, de poursuivre les actions en justice initiées pour lesdites sociétés et de récupérer, ce faisant, leurs créances »⁷².

On reconnaît là une caractéristique de l'argumentation guinéenne dans cette affaire : elle tend sans cesse à glisser de manière imperceptible de la question des

68. Arrêt *Barcelona Traction* précité, p. 34, §§ 39-42.

69. *Id.*, p. 36, § 46.

70. *Ibid.*, § 47.

71. John DUGARD, *Quatrième rapport sur la protection diplomatique*, A/CN.4/530, p. 39.

72. Arrêt, pp. 21-22, §§ 55-57.

droits de M. Diallo (en tant qu'individu ou en tant qu'actionnaire) à celle des droits des sociétés⁷³. C'est ce que soutient en substance la RDC dans ses exceptions préliminaires : peut-être les droits des sociétés sont-ils affectés par l'expulsion de M. Diallo, mais ce n'est pas le cas de ses droits en tant qu'associé : il aurait très bien pu les exercer depuis l'étranger, éventuellement par délégation⁷⁴. De manière tout aussi pertinente, le juge *ad hoc* Mampuya dénonce la confusion opérée par la Guinée, en partie encouragée, pense-t-il, par la rédaction défectueuse de l'article 12 des articles de la CDI :

« La démarche [...] 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 [...] 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" »⁷⁵.

La Cour surmonte cette objection et déclare ce volet de la requête recevable en procédant à une fine distinction entre les questions relevant des exceptions préliminaires et celles relevant du fond, c'est-à-dire de la phase ultérieure de la procédure. Il lui suffit en effet à ce stade de constater que la Guinée a qualité pour agir pour le compte de son ressortissant en défense de ses « droits propres » d'actionnaire : elle n'a pas, en revanche, à se prononcer sur la liste précise de ces droits, ni encore moins sur le point de savoir s'ils ont été violés, deux questions qui relèvent du fond.

Or la réalisation de la condition de nationalité – et donc la qualité pour agir – se résout en quelque sorte d'elle-même, à partir du moment où l'on comprend que l'énoncé de la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction* à propos des droits propres des actionnaires ne fait que nuancer, voire seulement préciser la règle générale exposée juste avant : elle ne constitue nullement, de ce point de vue, une exception comme le dit très bien la Cour dans son arrêt *Diallo* :

« [i]l ne s'agit là, en fin de compte, que de la protection diplomatique de la personne physique ou morale telle que définie à l'article premier du projet d'articles de la CDI ; l'acte internationalement illicite revient, dans le cas de l'associé ou de l'actionnaire, à la violation par l'État défendeur des droits propres de celui-ci dans sa relation avec la personne morale, droits propres qui sont définis par le droit interne de cet État, ainsi que l'admettent d'ailleurs les deux Parties »⁷⁶.

Restait dès lors le problème le plus épineux : celui de la qualité pour agir au regard des dommages causés directement aux sociétés, et non à M. Diallo. Évidemment, c'est bien là que se situait « le cœur du différend » compte tenu des sommes astronomiques en jeu. La question aurait pu être résolue simplement si

73. Il faut rappeler que le même glissement avait été dénoncé par l'Espagne à l'égard de l'argumentation de la Belgique dans l'affaire de la *Barcelona Traction* : cf. *CIJ Rec. 1970*, p. 31, § 29.

74. Arrêt, p. 21, § 53.

75. Opinion individuelle, p. 16.

76. Arrêt, p. 23, § 64.

les deux sociétés avaient été de droit guinéen : la Guinée aurait alors simplement exercé sa protection au bénéfice d'une personne morale ayant sa nationalité. Mais les deux sociétés étaient de droit congolais : on se retrouvait donc face au problème, somme toute très fréquent, d'une société contrôlée par des intérêts étrangers mais ayant la nationalité du pays hôte. La solution apportée par la Cour est sans surprise, puisqu'elle reprend celle qu'elle avait dégagée dans son arrêt *Barcelona Traction*. Elle n'en est pas moins surprenante, si l'on considère que cette continuité s'inscrit dans un droit international qui, en trente-sept ans, a connu des évolutions importantes.

II. – LA CONTINUITÉ SANS CHANGEMENT : LE MAINTIEN DE LA SOLUTION *BARCELONA TRACTION* EN MATIÈRE DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS

Dans son arrêt *Barcelona Traction*, la Cour a énoncé la règle coutumière selon laquelle les actionnaires ne peuvent pas, en principe, demander réparation d'un préjudice causé à la société à laquelle ils participent. Avec cette conséquence que l'État national des actionnaires n'est pas recevable à exercer sa protection diplomatique à l'égard de ceux-ci sur le fondement de ce préjudice : seul est réparable et donc seul est « protégeable » le préjudice causé à leurs droits propres en tant qu'actionnaire. Lorsque, comme c'est souvent le cas, la société à laquelle le préjudice a été infligé a la nationalité de l'État hôte, les investisseurs étrangers se retrouvent privés de la protection que pourrait leur offrir leur État. En effet, comme l'avait souligné la Cour en 1970 : « [l]a règle traditionnelle attribue le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société à l'État sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège »⁷⁷.

À l'époque, le bien fondé d'une telle règle a été largement discuté parmi les juges de la Cour, ce qui explique en grande partie le nombre exceptionnel d'opinions individuelles jointes à l'arrêt⁷⁸. Et la Cour elle-même, si l'on prend la peine de relire soigneusement ses développements, ne l'a pas affirmé sans nuance. Pourtant, progressivement, la règle s'est imposée comme une évidence : à la constance de sa réaffirmation par les États⁷⁹, on peut rapprocher la constance des efforts faits pour la dépasser sur le terrain conventionnel. Aussi bien les conséquences en matière de protection des investissements sont-elles probablement assez négligeables. En revanche, la protection diplomatique comme institution s'en est trouvée durement affectée, puisqu'elle a perdu en grande partie son utilité comme instrument de protection des investissements étrangers. Ce constat, dressé par la Cour elle-même dans l'arrêt *Diallo*, ne l'a pas empêché de réaffirmer la pérennité de la règle (A), sans entamer nullement sa rigueur (B).

77. Arrêt *Barcelona Traction*, précité, p. 42, § 70.

78. Huit opinions sur seize juges, pour une décision prise par quinze voix contre une (celle du juge *ad hoc* belge).

79. Voy. les conclusions de John Dugard à cet égard, notamment à la lumière des réponses données par les États à la sixième commission à la question posée par la CDI de savoir si la règle de l'arrêt *Barcelona Traction* devait être révisée : « [...] force est de reconnaître qu'en dépit de ses carences, l'arrêt *Barcelona Traction* est aujourd'hui, 30 ans après, largement considéré non seulement comme un exposé exact du droit de la protection diplomatique des sociétés, mais aussi comme l'expression fidèle du droit international coutumier. La pratique des États dans le domaine de la protection diplomatique des sociétés est donc guidée par cet arrêt. Sur les quinze représentants [à la Sixième Commission] qui ont pris la parole sur le sujet, un seulement a déclaré que la règle énoncée dans l'arrêt *Barcelona Traction* devait être revue » *Quatrième rapport sur la protection diplomatique*, A/CN.4/530, pp. 12-13.

A. La pérennité de la règle

La Cour commence son raisonnement en réaffirmant son *dictum* de 1970 : « La responsabilité n'est pas engagée si un simple intérêt est touché ; elle ne l'est que si un droit est violé, de sorte que des actes qui ne visent et n'atteignent que les droits de la société n'impliquent aucune responsabilité à l'égard des actionnaires même si leurs intérêts en souffrent »⁸⁰. On peut s'interroger sur les raisons de la règle. On peut aussi légitimement se demander quelle signification accorder à la pratique conventionnelle qui la contredit si frontalement.

1. Le sens de la règle

La règle est fondée en partie sur des raisons juridiques strictement techniques. Elle s'explique aussi par des considérations d'opportunité, qui ont amené les États à délaissier la protection diplomatique comme action aux fins de protection des investissements étrangers. Les raisons juridiques sont de deux ordres. La première est liée à la structure de la société anonyme elle-même, société dont la Cour souligne en 1970 l'importance qu'elle revêt dans l'économie moderne⁸¹. La société anonyme est une institution du droit interne « créée par les États en un domaine qui relève essentiellement de leur compétence nationale »⁸² : les règles qui la régissent sont donc des faits que le droit international doit prendre en compte aux fins de sa propre mise en œuvre. Or la société anonyme est dotée d'une personnalité propre, séparée de ses actionnaires, qui fait que l'actionnaire ne peut être identifié à la société et que les patrimoines de l'actionnaire et de la société sont parfaitement séparés⁸³. La deuxième raison juridique est liée à la distinction entre droit et intérêt : seule la violation d'un droit est susceptible de générer la responsabilité et donc une obligation de réparation, mais non la violation d'un simple « intérêt ». En fait, ces deux raisons sont à elles seules non déterminantes. S'agissant de la première, la Cour reconnaît elle-même qu'il existe des « circonstances spéciales » dans lesquelles le droit interne accepte la « levée du voile » de la personnalité juridique de la société, ce qui montre que celle-ci ne saurait être considérée comme faisant totalement obstacle à la protection des actionnaires. Quant à la deuxième, elle est affectée par les incertitudes et le flou qui entoure la distinction entre « droit » et « intérêt » – flou que l'arrêt de la *Barcelona Traction* contribue lui-même à entretenir, en parlant d'obligations *erga omnes* que tous les États auraient un « intérêt » à voir respectées. Bien sûr, on comprend que, par là, la Cour distingue entre un intérêt juridique, équivalent à un « droit » et intérêt d'un autre ordre, politique ou, en l'espèce, économique. Mais ce faisant, la Cour ignore volontairement qu'un intérêt économique puisse donner naissance à un droit – ou à un intérêt juridique – dans certaines « circonstances spéciales », précisément celles qui autorisent la « levée du voile ».

Dès lors, les vraies raisons de la règle sont tout autant à rechercher dans des considérations d'opportunité, qui sont très bien explicitées par la Cour dans son arrêt et qui expliquent les ressorts de la formation de la norme coutumière. États développés, comme États en développement ne sont pas favorables à la protection des investisseurs étrangers par le biais de la protection diplomatique. Avec un certain recul historique pour l'époque, la Cour de 1970 expose, de manière un peu

80. Arrêt *Barcelona Traction*, précité, p. 36, § 46, ici cité dans l'arrêt *Diallo*, p. 30, § 86.

81. *Id.*, p. 34, § 39.

82. *Id.*, p. 33, § 38.

83. *Ibid.*, p. 34, § 41.

voilée, les raisons de ce sentiment partagé⁸⁴. Celles-ci tiennent, comme on le sait, à l'accession de nouveaux États à l'indépendance, à la proclamation par ces États de leur souveraineté sur leurs ressources naturelles et à la déclaration d'un nouvel ordre économique international (NOEI), faits qui ont conduit bien souvent à dénoncer la protection diplomatique comme l'instrument d'une politique impérialiste⁸⁵. Du côté des États développés, la méfiance suscitée par les nationalisations massives a conduit ces pays à préférer la voie des négociations bilatérales – le face à face étant plus avantageux pour eux – en vue d'obtenir des accords protecteurs des intérêts des investisseurs. Pour ces derniers, des accords bilatéraux prévoyant l'application du droit international et assortis de mécanismes de règlement des différends leur conférant un *locus standi* dans une procédure d'arbitrage face à l'État hôte était de très loin préférable à la vieille institution de la protection diplomatique. Celle-ci présentait en effet deux inconvénients majeurs : son caractère imprévisible, lié à la faculté discrétionnaire de l'État d'y recourir ; la politisation qu'elle donnait nécessairement à la requête, en mettant face à face deux États. On sait qu'au fur et à mesure que déclinaient les politiques tiers-mondistes, et que les États en développement se convertissaient aux préceptes de l'économie libérale, le nombre de ces accords bilatéraux a cru très rapidement, marginalisant un peu plus le rôle joué par la protection diplomatique⁸⁶. En 1970, la Cour pouvait déjà très précisément décrire ce processus :

« [...] dans l'état présent du droit, la protection des actionnaires exige que l'on recoure à des stipulations conventionnelles ou à des accords spéciaux conclu directement entre l'investisseur privé et l'État où l'investissement est effectué. Les États assurent de plus en plus fréquemment ce genre de protection dans leurs relations bilatérales ou multilatérales, soit au moyen d'instruments spéciaux, soit dans le cadre d'ententes économiques de portée plus générale »⁸⁷.

Trente-sept ans plus tard, dans son arrêt *Diallo*, la Cour fait le même constat : s'interrogeant sur « la question de savoir s'il existe bien, en droit international, une exception à la règle générale [...] exception qui autoriserait une protection des actionnaires par leur propre État national "par substitution" », elle note « qu'en droit international contemporain, la protection des droits des sociétés et des droits de leurs actionnaires, et le règlement des différends y afférents, sont essentiellement régis par des accords bilatéraux ou multilatéraux en matière de protection des investissements étrangers ».

Mais la Cour en tire, en plus, les conséquences, s'agissant du devenir de la protection diplomatique dans ce domaine : « [d]ans ce contexte, le rôle de la protection diplomatique s'est estompé, celle-ci n'étant en pratique appelée à intervenir que dans les rares cas où les régimes conventionnels n'existent pas ou se

84. Voy. arrêt *Barcelona Traction*, pp. 46-47, § 89.

85. Voy. dans cette perspective l'opinion individuelle du juge Padilla Nervo, représentant la franche hostilité des États d'Amérique latine à la protection diplomatique : « Ce ne sont pas les actionnaires de ces énormes sociétés qui ont besoin de protection diplomatique ; ce sont plutôt les États pauvres ou faibles où les capitaux sont investis qui ont besoin d'être protégés contre l'ingérence de puissants groupes financiers ou contre la pression diplomatique injustifiée de gouvernements qui paraissent toujours prêts à appuyer à tout prix les actionnaires de leur nationalité ». *CIJ Rec.* 1970, p. 248, cité par J. DUGARD, *Quatrième rapport sur la protection diplomatique*, A/CN.4/530, pp. 5-6.

86. Sur ces différents éléments, voy. not. Prosper WEIL, « L'État, l'investisseur étranger et le droit international : la relation désormais apaisée d'un ménage à trois », in P. WEIL, *Écrits de droit international*, Paris, PUF, 2000, pp. 409-423 ; Charles LEBEN, « L'évolution du droit international des investissements », SFDI, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, Paris, Pedone, 1999, pp. 7-29 ; Won-Mog CHOI, « The Present and Future of the Investor-State Dispute Settlement Paradigm », *Journal of International Economic Law*, September, 2007, pp. 725-747.

87. Arrêt *Barcelona Traction*, p. 47, § 90.

sont révélés inopérants »⁸⁸. Mais n'y a-t-il pas là un constat paradoxal ? Quelle peut être la portée de la règle, en effet, au regard de cette pratique omniprésente des États qui semble la contredire ?

2. La portée de la règle au regard des développements conventionnels

C'est l'un des deux arguments de la Guinée et il est logique. Il porte sur le processus de formation de la norme coutumière et sur la contribution du droit conventionnel mais aussi de la jurisprudence à ce processus. Lorsqu'ils sont encore rares, les « accords spéciaux » et les jugements déviants peuvent passer pour de la *lex specialis* : ils dérogent à la règle générale de manière *sui generis*, prennent en compte certaines situations spéciales, certaines relations privilégiées établies sur le plan bilatéral, par exemple. Mais qu'en est-il lorsque le « spécial » en vient à se généraliser, lorsque tous les États recourent à ce type de solution jusqu'à rendre la règle générale dénuée de toute effectivité ? On peut légitimement se demander si la « pratique générale » n'a pas donné naissance à une nouvelle norme coutumière. La Cour rejette fermement cette idée :

« Le fait, dont se prévaut la Guinée, que différents accords internationaux tels les accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers et la convention de Washington aient institué des régimes juridiques spécifiques en matière de protection des investissements, ou encore qu'il soit courant d'inclure des dispositions à cet effet dans les contrats conclus directement entre État et investisseurs étrangers, ne suffit pas à démontrer que les règles coutumières de protection diplomatique auraient changé ; il pourrait tout aussi bien se comprendre dans le sens contraire. Les arbitrages qui ont été invoqués par la Guinée relèvent eux aussi de régimes particuliers [...] »⁸⁹

Quels étaient, en effet, les conventions et les précédents invoqués par la Guinée ? D'abord, bien sûr, la convention de Washington de 1965 sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États créant le CIRDI⁹⁰. Mais aussi l'accord de libre-échange nord américain (ALENA, article 1117⁹¹) et les « très nombreux traités bilatéraux pour la promotion et la protection des investissements », dans la mesure où nombre de ces traités définissent la détention d'action dans une société comme un « investissement » et contiennent une clause d'acceptation de la compétence du CIRDI. À cela s'ajoutent les nombreuses sentences rendues sur la base de ces traités. Au-delà de cette pratique contemporaine, la Guinée évoquait également

88. Arrêt *Diallo*, p. 30, § 88. John Dugard a un jugement plus sévère : « L'arrêt *Barcelona Traction* a établi une norme inapplicable. En pratique, les États n'exerceront pas leur protection diplomatique en se fondant uniquement sur le fait que la société a été constituée conformément à leur droit interne, c'est-à-dire en l'absence d'un lien effectif découlant du fait qu'une part importante des actions de la société est détenue par leurs ressortissants. » *Quatrième rapport sur la protection diplomatique*, A/CN.4/530, p. 7.

89. Arrêt *Diallo*, p. 31, § 90.

90. La jurisprudence des tribunaux arbitraux CIRDI reconnaît de manière constante un *locus standi* à l'actionnaire d'une compagnie enregistrée sur le territoire de l'État hôte, même lorsque sa participation est minoritaire. Voy. par ex. *AES Corporation v. Republic of Argentina, Decision on Jurisdiction*, 26 April 2005, § 88 ; *CMS v. Republic of Argentina, Decision of the Ad Hoc Committee on the application for Annulment of the Argentine Republic*, 25 September 2007, § 72. Pour une vision critique de cette jurisprudence, jugée en contradiction avec le texte même de la convention de Washington, et en particulier de son article 25 : Gabriel BOTTINI, « Indirect Claims under the ICSID Convention », *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Spring 2008, pp. 563-639.

91. En vertu duquel un investisseur ayant la nationalité d'un État contractant peut agir au nom d'une entreprise ressortissante d'un autre État contractant qu'elle possède ou contrôle directement ou indirectement.

un certain nombre de sentences arbitrales plus anciennes – avec pour point de départ l'affaire du *Chemin de fer de la baie de Delagoa*⁹² – ainsi que l'arrêt rendu par une chambre de la Cour dans l'affaire *ELSI*. Dans cette dernière affaire, en effet, la Cour avait jugé recevable la requête présentée par les États-Unis pour le compte de deux sociétés américaines actionnaires à cent-pour-cent d'une société constituée en Italie, État défendeur. Se fondant sur l'ensemble de ces « précédents » qui « tous consacrent des règles et des principes conçus sur le même modèle, inspirés par les mêmes préoccupations et constituent des illustrations de l'“exception” préconisée par la Cour voici trente-six ans », la Guinée défend l'idée de la création d'une nouvelle norme coutumière, caractérisée par la réunion de la pratique répétée et de l'*opinio juris*. Mais en même temps, le professeur Alain Pellet, plaçant au nom de la Guinée, concède :

« Je suis bien conscient, Madame et Messieurs les juges, que ces dispositions conventionnelles et cette jurisprudence, qui frôlent l'unanimité, ne constituent pas l'application directe des principes et règles régissant la protection diplomatique, et les tribunaux CIRDI ne manquent pas de le rappeler »⁹³.

Et c'est bien là que le bât blesse : toute cette pratique déviante par rapport à la règle générale s'identifie elle-même comme *lex specialis*, à commencer par la convention de Washington qui se situe à tel point sur un autre terrain que celui de la protection diplomatique qu'elle exclut explicitement qu'il y soit fait recours lorsque les parties consentent à soumettre le différend à l'arbitrage (article 27). Les tribunaux arbitraux « CIRDI », en effet, ne manquent jamais de faire remarquer qu'ils ne se situent pas sur le terrain de la protection diplomatique et que par conséquent ils ne sont aucunement liés par la solution dégagée par la Cour en 1970⁹⁴. Les anciennes sentences arbitrales intervenues dans le sillage de l'affaire du *Chemin de fer de la baie de Delagoa* – la RDC a beau jeu de le noter, et la Cour le confirme – sont toutes fondées sur un compromis ayant précisément pour objet de régler le différend créé du fait du préjudice causé aux investisseurs étrangers⁹⁵. Quant à l'arrêt rendu dans l'affaire *ELSI*, la doctrine estime en général qu'il ne constituait pas un dédit de la *Barcelona Traction*, à partir du moment où la chambre de la Cour se situait essentiellement sur le terrain de l'application d'un traité bilatéral conclu entre les États-Unis et l'Italie et reconnaissant certains droits aux investisseurs des deux pays⁹⁶. Dans son arrêt *Diallo*, la Cour confirme cette interprétation⁹⁷.

À partir de là, on comprend mieux la position exprimée par la Cour selon laquelle les précédents cités par la Guinée ne vont pas nécessairement dans le

92. Sentence arbitrale de Mac Mahon, 24 juillet 1875, *RSA* III, p. 637. L'affaire concernait un ressortissant américain et une société britannique qui possédaient des intérêts dans une société de droit portugais chargée de construire une voie ferrée. En 1887, le gouvernement révolutionnaire annula la concession et procéda à la saisie des chemins de fer. L'affaire fut soumise à un tribunal arbitral sur la base d'un compromis signé par les trois États, qui prévoyait l'indemnisation des créanciers de l'entreprise portugaise.

93. Cf. CR 2006/51, p. 42-43.

94. Voy. par ex. CIRDI, *CMS v. Republic of Argentina*, Case n° ARB/01/8, *Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction*, 17 juillet 2003, §§ 43-48. Confirmé sur ce point par le comité *ad hoc* chargé de connaître de la requête en annulation, décision du 25 septembre 2007, § 69 : « *Those cases [Barcelona Traction et ELSI] were concerned with diplomatic protection under customary law and not with the protection of the rights of investors under treaties relating to the protection of investments* ».

95. Arrêt *Diallo*, p. 31, § 90.

96. Pour un jugement nuancé à cet égard, voy. Brigitte STERN, « La protection diplomatique des investissements internationaux », *op. cit.* Pour un bilan de la doctrine, voy. John DUGARD, *Quatrième rapport sur la protection diplomatique*, A/CN.4/530, pp. 11-12.

97. Arrêt *Diallo*, p. 30, § 87.

sens de la formation d'une nouvelle norme coutumière mais « pourrait tout aussi bien se comprendre dans le sens contraire » : la pratique est là, elle est répétée. Mais il y manque, décidément, l'*opinio juris* nécessaire pour démontrer que cette pratique est perçue autrement que comme une *lex specialis* par rapport à la règle générale qui subsiste. On ne peut manquer, toutefois, de relever le paradoxe de cette position – qui fait un peu penser à celle du petit village d'irréductibles gaulois qui résiste encore et toujours à l'envahisseur : avec l'augmentation exponentielle du nombre de traités bilatéraux d'investissement et l'établissement d'une jurisprudence constante reconnaissant un droit à réparation aux actionnaires pour des préjudices causés aux sociétés, la *lex specialis* tend à se généraliser et le droit international général à se spécialiser. Désormais, il faut se résoudre à l'idée que la règle coutumière ne régit plus qu'une matière *résiduelle* ; le droit « commun » est conventionnel⁹⁸.

Restait une issue pour la Guinée : faire valoir que cette règle – tout en perdurant comme règle du droit international général – est néanmoins assortie de certaines exceptions ou susceptibles de connaître certaines inflexions qui permettraient, dans des « circonstances spéciales », la levée du voile. Pas plus que l'arrêt de 1970, l'arrêt *Diallo* ne vient confirmer l'existence de ces exceptions ou de ces inflexions : en apparence en tout cas, la Cour maintient donc la rigueur de la règle.

B. La rigueur de la règle

Là encore, c'est l'arrêt *Barcelona Traction* qui guide l'argumentation des parties. Dans son arrêt de 1970, la Cour s'est interrogée sur l'existence d'éventuelles exceptions à la règle générale. Elle s'est également demandée si, comme le revendiquait la Belgique, des considérations d'équité n'exigeaient pas qu'un droit de protection soit reconnu à l'État national des actionnaires. La Guinée s'est située essentiellement sur ce deuxième terrain, invoquant toutefois tantôt l'équité *infra legem*, tantôt la création d'une nouvelle exception à la règle générale. En définitive, la Cour a rejeté les thèses de la Guinée, mais avec une économie de moyen que l'on peut trouver exagérée : elle n'envisage en effet que très partiellement la question des exceptions à la règle, et pas du tout celle de l'équité.

1. La question des exceptions à la règle

Quelles sont les circonstances spéciales qui justifieraient la levée du voile et la protection des investisseurs par leur État national en lien avec le préjudice

98. C'est exactement le constat opéré par le Tribunal arbitral CIRDI dans l'affaire *CMS c. Argentine* précitée, § 45 : « To some extent, diplomatic protection is intervening as a residual mechanism to be resorted to in the absence of other arrangements recognizing the direct right of action by individuals. It is precisely this kind of arrangement that has come to prevail under international law, in respect of foreign investments, the paramount example being that of the 1965 Convention ». Et § 48 : « The Tribunal therefore finds no bar in current international law to the concept of allowing claims by shareholders independently from those of the corporation concerned, not even if those shareholders are minority or non-controlling shareholders. Although it is true, as argued by the Republic of Argentina, that this is mostly the result of *lex specialis* and specific treaty arrangements that have so allowed, the fact is that *lex specialis* in this respect is so prevalent that it can now be considered the general rule, certainly in respect of foreign investments and international claims and increasingly in respect of other matters. To the extent that customary international law or generally the traditional law of international claims might have followed a different approach – a proposition that is open to debate – then that approach can be considered the exception ».

subi par une société ayant la nationalité du pays hôte ? En 1970, la Cour identifie « deux situations particulières [...] : le cas où la société aurait cessé d'exister, le cas où l'État national de la société n'aurait pas qualité pour agir en faveur de celle-ci »⁹⁹.

Mais la Cour constate que les faits de l'espèce ne correspondent pas à ces hypothèses : dès lors elle se garde d'entrer en matière et de chercher à confirmer leur caractère d'exception. L'arrêt *Barcelona Traction* laisse donc la question en suspens. L'arrêt *Diallo* ne la résout pas plus. On le comprend s'agissant de la seconde circonstance évoquée par la Cour en 1970 : elle n'était pas en cause en l'espèce et d'ailleurs la Guinée n'en fit pas mention. En revanche, la première aurait pu ou devrait pouvoir donner lieu à certains développements, cela d'autant plus que l'exception en cause a été consacrée – bien que sous une forme très restrictive – par la CDI dans ses articles sur la protection diplomatique¹⁰⁰. La Cour a, sur ce point, esquivé la difficulté d'une manière qui peut paraître peu satisfaisante. Des raisons liées au déroulement de la procédure expliquent en tout cas que la question n'ait pas pu être suffisamment débattue. Au deuxième tour de plaidoirie, le 29 novembre 2006, la RDC provoque un petit coup de théâtre : parvenant à la fin de son intervention, maître Kalala fait part à la Cour de « l'indignation » et de la « colère » de la RDC « devant la manière dont la Cour est traitée par M. Diallo et l'État demandeur ». Après des « recherches fastidieuses », la RDC révèle en effet avoir réussi à « mettre la main » sur les statuts de la société *Africom-Zaïre* : or celle-ci n'aurait pas M. Diallo parmi ses associés¹⁰¹. Réagissant à ces accusations, la Guinée réplique par la voix du professeur Mathias Forteau qu'il n'est pas étonnant que M. Diallo ne figure pas parmi les associés de la société à laquelle s'est référée la RDC, dans la mesure où cette société – nommée *Africom* – n'a aucun lien avec celle de M. Diallo, appelée *Africom-Zaïre*, dont les statuts n'auraient pas pu être retrouvés par la Guinée mais qui n'en existerait pas moins légalement¹⁰². La RDC poursuit donc ses recherches au-delà de la procédure orale : comme l'indique la Cour dans son arrêt, elle fit parvenir à la Cour une lettre dans laquelle elle expliquait que la société *Africom-Zaïre* « avait bien existé et avait été inscrite au registre du commerce de la ville de Kinshasa » mais avait « cessé toutes ses activités depuis le milieu des années quatre-vingt ». Ce qui avait probablement conduit à sa radiation du registre du commerce.

La Cour se garde bien de saisir la perche qui lui était ainsi tendue très imprudemment par la RDC. Elle n'évoque la question que pour noter l'existence d'un « désaccord » entre les parties et pour constater, de manière un peu

99. Arrêt *Barcelona Traction*, § 64. Utilisant la démarche des « principes généraux de droit », la Cour s'appuie sur le droit interne pour identifier les hypothèses dans lesquelles la « levée du voile » social est justifiée : v. §§ 56-58. V. aussi dans le même sens la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la notion de « victime » au sens de l'article 34 de la convention : arrêt *Agrotexim c/Grèce*, 24 octobre 1995, Série A, n° 330, §§ 65-66.

100. Article 11 a) : « Un État 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'État où elle s'est constituée pour un motif sans rapport avec le préjudice ». Le sens de ce dernier membre de phrase reste obscur. Comme le fait remarquer le Salvador dans son commentaire du projet d'articles transmis par la CDI aux États : « il semblerait que plus les droits des actionnaires sont lésés, moins leurs États nationaux peuvent exercer la protection diplomatique en leur faveur » A/CN.4/561 (2006), p. 34. Les commentaires de la CDI sous le projet d'article 11 ne permettent guère d'en savoir plus, sauf que la CDI a souhaité « limiter les circonstances dans lesquelles l'État de nationalité des actionnaires peut intervenir en faveur de ces actionnaires à la suite d'un préjudice causé à la société », A/61/10, p. 63.

101. CR 2006/52, p. 29.

102. CR 2006/53, p. 9.

désinvolte, que « ce désaccord relève essentiellement du fond et qu'il est sans incidence sur la question de la recevabilité de la requête de la Guinée telle que mise en cause par les exceptions congolaises »¹⁰³.

Pourtant il était facile de relever que cette question était précisément susceptible d'avoir une incidence sur la recevabilité, s'agissant d'une éventuelle protection « par substitution » des droits des sociétés, puisqu'elle renvoyait très clairement au premier type de « circonstances » évoquées dans l'arrêt *Barcelona Traction* : la disparition de la société. Le juge *ad hoc* Mahiou est donc fondé à considérer que la Cour n'a pas envisagé ce problème de façon satisfaisante :

« [...] si la disparition d'Africom-Zaïre devait se confirmer, cela créerait une situation où il n'y aurait plus de possibilité pour cette société de faire-valoir directement ses droits par elle-même et de défendre ainsi les droits et intérêts de son actionnaire unique. Cette impossibilité définitive de toute action par l'intermédiaire de la société priverait ainsi son actionnaire unique de tout recours si on lui refusait le jeu de la protection diplomatique par la Guinée : on se trouverait alors devant une solution injuste contraire non seulement à l'équité mais aussi aux principes fondamentaux régissant les droits de la défense et les droits de l'homme. (...) En conclusion, il me semble que la Cour aurait dû dire plus nettement et plus clairement, dans le présent arrêt, qu'elle réservait expressément la situation pouvant résulter de la confirmation d'une disparition de la société *Africom-Zaïre* avec les conséquences susceptibles d'en découler pour la suite de la procédure »¹⁰⁴.

Une dernière exception était invoquée par la Guinée et c'est, à vrai dire, le seul argument auquel la Cour a bien voulu répondre : elle a trait à la situation où la société dans laquelle les investisseurs étrangers détiennent une participation a la nationalité de l'État qui lui a porté préjudice. Dans ce cas, il semble évident que cet État n'exercera pas sa protection, ou plus exactement que cette société sera dénuée de toute protection, ce qui justifierait la levée du voile et par conséquent la protection des actionnaires par substitution à la société. La Cour avait évoqué cette possibilité dans son arrêt de 1970, mais en la considérant non sous l'angle d'une exception intégrée à la règle, mais plutôt comme résultant de la prise en compte de considérations d'équité :

« Certes on a soutenu que, pour des raisons d'équité, un État devrait pouvoir assumer dans certains cas la protection de ses ressortissants actionnaires d'une société victime d'une violation du droit international. Ainsi, une thèse s'est développée selon laquelle l'État des actionnaires aurait le droit d'exercer sa protection diplomatique lorsque l'État dont la responsabilité est en cause est l'État national de la société ».

En l'espèce, la Cour n'avait pas cru bon, une fois de plus, d'examiner la validité de cette « thèse », au motif « qu'elle ne saurait aucunement être appliquée à la présente affaire, puisque l'Espagne n'est pas l'État national de la *Barcelona Traction* »¹⁰⁵. Bien que reconnaissant son caractère controversé, le rapporteur spécial de la CDI n'hésita pas à recommander à la CDI d'intégrer cette « thèse »

103. Arrêt *Diallo*, p. 22.

104. Cf. *Déclaration*, p. 4.

105. Arrêt *Barcelona Traction*, p. 48, § 92. Pour mémoire, la *Barcelona Traction* était une société de droit canadien.

dans son projet d'article¹⁰⁶. Ce que la Commission fit, non sans avoir ici aussi réduit la portée de l'exception par rapport à ce qui était initialement proposé¹⁰⁷. C'est la validité de cette exception, telle que formulée par la CDI, qui fut discutée par les parties dans le cadre de l'affaire *Diallo*. Au cours de ce débat – mené dans les différentes pièces de la procédure écrite et prolongé lors des plaidoiries orales – la Guinée et la RDC entretenirent la confusion sur le statut potentiel de l'exception. Dans son mémoire, la Guinée la présente en reprenant les termes de la Cour, selon laquelle elle résulte de la prise en compte de « considérations d'équité ». Du coup, dans ses exceptions préliminaires, la RDC la prend au mot et répond sur ce terrain : l'équité que la Guinée demanderait à la Cour d'appliquer serait une équité *contra legem*, parce qu'elle autoriserait l'État à exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'un de ses ressortissants dont les droits n'auraient subi aucune violation : « C'est dire que l'on se trouve bien au-delà d'une "fonction supplétive du droit dans le cas de lacune ou d'insuffisances" (équité *praeter legem*) et *a fortiori* d'une simple "méthode d'interprétation du droit" (équité *infra legem*) »¹⁰⁸. Les observations de la Guinée en réponse aux exceptions préliminaires cherchent à contrer l'attaque : la Guinée chercherait à démontrer l'existence d'une règle, sous la forme d'une exception à la règle générale, et non une « solution équitable » qui serait par ailleurs atteinte par l'application de la règle. Elle ferait, autrement dit, tout au plus application d'une équité *infra legem*. Pour défendre la positivité de l'exception, elle recourt aux anciens arbitrages adoptés dans le sillage de l'affaire du *Chemin de fer de la Baie de Delagoa*. Elle cite également un certain nombre d'opinions individuelles jointes à l'arrêt *Barcelona Traction*, ainsi que certains bons auteurs (cités dans les opinions individuelles !) comme Paul de Visscher qui, en 1961, écrivait que lorsque la société a la nationalité de l'État auteur du fait internationalement illicite,

« la personnalité morale n'est plus qu'une fiction vide de tout sens, dans laquelle il ne faut voir qu'un faisceau de droits individuels [...]. Dans ce cas, dit-on, le juge international qui n'est pas lié par les critères du droit interne, "perce le voile corporatif". Il serait plus exact de dire qu'il constate l'absence de toute personnalité effective, l'absence de toute intermédiaire valable entre les actionnaires et les droits lésés »¹⁰⁹.

Le propos était convaincant. Il n'a, de toute évidence, pas convaincu la Cour. Ou plutôt, la Cour a souhaité ne pas prendre partie directement et a préféré suivre la méthode du raisonnement elliptique qu'elle avait adoptée dans la *Barcelona Traction*. Comme dans l'arrêt de 1970, elle qualifie les faits de telle manière

106. Cf. John DUGARD, *Quatrième rapport sur la protection diplomatique*, A/CN.4/530, p. 38, § 87 : « Le Rapporteur spécial appuie sans réserve l'exception énoncée à l'alinéa b) de l'article 18. Elle est en effet largement corroborée par la pratique des États, la jurisprudence et la doctrine. En outre, elle est justifiée par des motifs d'équité, de raison et de justice. Elle devrait au moins être admise lorsque la société a été obligée de se constituer dans l'État auteur du préjudice, auquel cas la constitution en fait ce que certains auteurs ont appelé une « société Calvo », c'est-à-dire une société dont la constitution, comme la clause Calvo, a pour objet de la mettre à l'abri des règles du droit international relatives à la protection diplomatique ».

107. Article 11 b) : « Un État 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 : [...] b) Si la société avait, à la date du préjudice, la nationalité de l'État qui est réputé en être responsable et si sa constitution dans cet État était une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans le même État ».

108. EP, p. 90.

109. P. DE VISSCHER, « La protection diplomatique des personnes morales », *RCADI* 1961, vol. 102, p. 465, cité dans la plaidoirie d'A. Pellet, CR 2006/53, pp. 35-36.

à ce qu'ils ne puissent pas correspondre à la définition de l'exception : elle évite ainsi d'avoir à se prononcer sur le bien fondé de celle-ci. Pour ce faire, elle s'appuie non pas sur la définition de l'exception telle qu'elle résulte de sa jurisprudence *Barcelona Traction*, mais sur la formulation plus restrictive qu'en a donné la CDI. Celle-ci, dans son article 11 b), prévoit que l'État national des actionnaires peut exercer sa protection à leur égard si la constitution de la société dans l'État auteur du préjudice « était une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans le même État »¹¹⁰. Or la Cour constate que

« les sociétés *Africom-Zaïre* et *Africontainers-Zaïre* ont été créées naturellement au Zaïre [...] il n'a pas été établi à suffisance devant la Cour que leur constitution dans ce pays, en tant que personnes morales de nationalité congolaise, aurait été exigée de leurs fondateurs pour que ceux-ci puissent opérer dans les secteurs économiques concernés »¹¹¹.

Partant de ce constat factuel,

« [I]a Cour conclut, à l'examen des faits, que les sociétés *Africom-Zaïre* et *Africontainers-Zaïre* n'ont pas été constituées de manière telle qu'elles rentreraient dans le champ d'application d'une protection par substitution au sens de l'article 11, paragraphe b), du projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique auquel la Guinée s'est référé. Dès lors, la question de savoir si ce paragraphe de l'article 11 reflète ou non le droit international coutumier ne se pose pas en l'espèce »¹¹².

Ce raisonnement apparaît largement artificiel¹¹³. En fait, la Cour voulait éviter de se prononcer sur la validité de l'exception. On peut penser que la raison en est dévoilée par le juge *ad hoc* Mahiou :

« [C]ette position [de la Cour] est sans doute trop prudente, mais elle peut se comprendre dans la mesure où la Cour n'entend pas faire œuvre de législateur, surtout que la question est en débat devant les États depuis qu'ils sont saisis du projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique. Il incombe aux États d'indiquer la solution à retenir sur la base des propositions de la CDI [...] »¹¹⁴.

La Cour s'impose donc un *self-restraint* face au « législateur », en passe de se prononcer. On comprend ce positionnement en terme de *policy*. Mais cela ne fait pas moins de l'arrêt *Diallo* un arrêt décevant. Cette impression négative n'est pas relevée par le refus (implicite) de la Cour de prendre en compte les particularités

110. Cas dit de la « société Calvo » : voy les explications de J. Dugard, citées *supra* note n° 106.

111. Pourtant, la Guinée semble clairement démontrer qu'il existait bien une obligation légale d'enregistrement au Zaïre : « De toute manière, dans notre espèce, l'obligation juridique existe bel et bien. Elle résulte du premier alinéa de l'article premier de l'ordonnance-loi de 1966 relative au siège des sociétés aux termes duquel : "Les sociétés dont le principal siège d'exploitation est situé au Congo doivent avoir au Congo leur siège administratif." Voy. aussi, dans le même sens, la déclaration du juge *ad hoc* Mahiou, p. 4 : « Certes, le choix de la nationalité congolaise a été fait par M. Diallo, mais il paraît hâtif et contestable de conclure que c'est un libre choix comme le fait la Cour [...]. La liberté de choix est plus une apparence qu'une réalité lorsque l'on analyse le droit congolais. »

112. Arrêt *Diallo*, p. 42, §§ 92-93.

113. On peut lui faire les mêmes reproches que ceux que formulaient Jean Chappaz à propos de l'arrêt *Barcelona Traction*, cet *Annuaire*, 1970, p. 326 : avantageux du point de vue de l'économie de moyen, il crée une « insatisfaction au niveau de la connaissance » et se révèle « plus préoccupant encore au niveau de la justice » en ce qu'il écarte l'application d'une règle « sans en avoir précisé le fondement et, par suite, la portée ».

114. Déclaration, p. 2, § 5.

de l'espèce et de faire, compte tenu de ces circonstances, une application « raisonnable du droit ».

2. L'application raisonnable du droit et les circonstances de l'espèce

Dans son arrêt *Barcelona Traction*, la Cour s'est longuement penchée sur la question de savoir si des « considérations d'équité » n'exigeaient pas de reconnaître à la Belgique une qualité pour agir au nom de ses ressortissants, actionnaires majoritaires d'une société de droit canadien ayant subi un préjudice du fait d'actes imputables à l'Espagne :

« [...] la Cour estime que, dans le domaine de la protection diplomatique comme dans tous les autres domaines, le droit international exige une application raisonnable. Il a été suggéré que, si l'on ne peut appliquer dans un cas d'espèce la règle générale selon laquelle le droit de protection diplomatique d'une société revient à son État national, il pourrait être indiqué, pour des raisons d'équité, que la protection des actionnaires en cause soit assurée par leur propre État national »¹¹⁵.

Dans le passage qui suit, la Cour développe plusieurs considérations d'opportunité qui plaident en défaveur d'une telle protection¹¹⁶. Elle remarque tout d'abord que si l'on ouvrait à l'État national des actionnaires d'une société le droit d'exercer sa protection, il conviendrait d'étendre cette faculté quelle que soit l'importance de la participation prise par l'actionnaire dans la société : « il semble que chacun des actionnaires doive avoir la même possibilité de bénéficier de la protection diplomatique, qu'il possède 1 pour cent ou 90 pour cent du capital social »¹¹⁷. Or en l'espèce, la Belgique déclare que ses nationaux possédaient environ 88 pour cent du capital de la Barcelona, ce qui tout en étant important, laisse tout de même 12 pour cent du capital susceptibles d'être détenus par des actionnaires d'une autre nationalité.

Dès lors se profile pour la Cour un risque : « [l]a Cour considère que l'adoption de la thèse de la protection diplomatique des actionnaires comme tels, en ouvrant la voie à des réclamations diplomatiques concurrentes, pourrait créer un climat de confusion et d'insécurité dans les relations économiques internationales ». L'adoption d'un principe de subsidiarité, observe la Cour, ne permettrait pas vraiment de conjurer de risque : car rien ne prouve que l'action exercée par l'État de nationalité de la société sera toujours jugée favorablement par les actionnaires. Ceux-ci pourraient estimer que l'accord conclu à l'issue de cette action ne répare pas correctement leur préjudice, ce qui les conduirait à demander la protection de leur État national en vue de formuler une nouvelle réclamation. Un tel cumul de réclamation « serait de nature à introduire dans la négociation de ce genre d'accords une insécurité contraire à la stabilité que le droit international a pour objet d'établir dans les relations internationales ».¹¹⁸ La situation n'est pas du tout comparable, poursuit la Cour, avec celles où sont admis des « droits de protection parallèles », à savoir le cas de personne entrée au service d'une organisation internationale et le cas du double national. Car dans ces hypothèses, « le nombre de protecteurs possibles est nécessairement fort réduit » et leur identité « n'est pas difficile à définir ». Enfin la Cour remarque qu'il n'est pas inéquitable que les actionnaires assument

115. Arrêt *Barcelona Traction*, p. 48, § 93.

116. Selon Jean Chappez, ce procédé de mise en balance de l'équité et de l'opportunité revient pour la Cour à statuer *ex æquo et bono*. J. CHAPPEZ, cet *Annuaire*, 1970, p. 322.

117. *Rec. 1970*, p. 48, § 94.

118. *Ibid.*, pp. 49-50, §§ 97.

le risque attaché à leur participation à une société étrangère, qui est en quelque sorte la contrepartie des avantages qu'ils trouvent à cette participation¹¹⁹.

Toutes ces considérations ont évidemment, dans une certaine mesure, une portée générale. À ce titre, on peut penser que les juges de la Cour devaient les avoir en tête lorsqu'ils ont choisi de maintenir le *statu quo* dans l'arrêt *Diallo*. Mais en même temps, on doit se souvenir que lorsque la Cour procède, dans *Barcelona Traction*, à ce recensement des raisons qui militent contre la reconnaissance de l'exception, elle le fait essentiellement au regard des faits de l'espèce.

Or dans son arrêt *Diallo*, la Cour n'a pas cherché à évaluer si les faits de l'espèce différaient ou non de ceux de l'affaire *Barcelona Traction*. Ce n'est pourtant pas faute pour la Guinée d'avoir souligné ces spécificités, et cela à plusieurs reprises et de manière détaillée.

Celle-ci, en effet, fait remarquer que les sociétés en cause ne sont pas des sociétés anonymes, comme dans l'affaire de la *Barcelona*, mais des « sociétés privées à responsabilité limitées », dont le régime juridique est caractérisé par un élément *intuitu personae* important, notamment du fait de la non-cessibilité des parts sociales. Qui plus est, une réglementation spéciale s'applique lorsque la société est détenue par un étranger : un « régime discriminatoire » impose en particulier le dépôt d'une garantie financière conséquente, qui n'est pas demandée aux nationaux, faisant ainsi de la société une entreprise « nationale étrangère » : pour quoi, demande la Guinée, ce statut spécifique, « à peine national » s'effacerait-il lorsqu'il est question de protection diplomatique ? La Guinée souligne également un fait important : ces sociétés étaient détenus directement ou indirectement à 100 % par M. Diallo, qui se trouvait être également leur gérant. Autrement dit, l'interpénétration entre la personnalité des sociétés et celle de M. Diallo était réelle : de ce point de vue, les faits de l'espèce étaient totalement distincts de ceux de la *Barcelona*, société anonyme à laquelle plusieurs actionnaires belges participaient pour environ 88 % du capital. Dans ce contexte, pouvait-on craindre une multiplication des réclamations ? Certainement pas. Un autre élément distinguait encore les faits de l'affaire *Diallo* de ceux de l'affaire *Barcelona* : cette dernière mettait en jeu une « relation triangulaire » constituée par : le Canada, État dont la société avait la nationalité ; l'Espagne, État responsable du préjudice ; et la Belgique, État de nationalité des actionnaires majoritaires de la société. Dès lors, dans cette configuration pouvait éventuellement se poser le problème de la priorité ou de l'articulation entre les actions en protection diplomatique exercée par le Canada et par la Belgique. Rien de tel dans l'affaire *Diallo*, où la relation est purement bilatérale : deux États se font face, et seul l'un d'entre eux est en mesure d'exercer une action en protection diplomatique, celui dont la société n'a pas la nationalité. Autrement dit, si l'alternative de la protection par l'État de nationalité de la société était possible dans la *Barcelona*, rien de tel n'était envisageable dans *Diallo*. Pas de risque, par conséquent, d'un cumul de réclamations ni d'un double recouvrement des créances¹²⁰.

Toutes ces différences auraient probablement justifié que la Cour aille au-delà de l'application un peu courte de l'article 11 b) des articles de la CDI. La Cour se devait d'examiner les voies et les moyens de faire une « application raisonnable » de la règle générale, c'est-à-dire qu'elle avait l'obligation de ne pas favoriser le déni de justice, mais plutôt d'encourager l'ouverture de nouvelles voies de recours, à partir du moment où les « considérations d'équité » n'y

119. *Ibid.*, p. 50, § 99.

120. CR 2006/51, plaidoirie du professeur Alain Pellet, pp. 48-50.

faisaient pas obstacle. En réitérant presque à l'identique sa solution de 1970 (y compris dans la forme de l'argument), l'arrêt *Diallo* donne, sur ce point, une fâcheuse impression d'immobilisme. Et confirme a posteriori la sombre perspective dépeinte par Alain Pellet à la fin de sa dernière plaidoirie : « Il serait fâcheux et paradoxal que la Cour mondiale aille à contre-courant d'une tendance aussi affirmée et qu'elle rigidifie le principe de la non-protection en revenant, un tiers de siècle plus tard, sur la "thèse" de la substitution accueillie avec faveur par la majorité en 1970 »¹²¹.

*
* *

La lecture de l'arrêt *Diallo* n'a pas cessé, on l'a bien vu, de nous ramener en arrière : impossible de lire l'arrêt sans avoir en tête la *Barcelona Traction*, *ELSI*, *Avena* et *LaGrand*, sans compter *Mavrommatis* et *Delagoa Bay*... En ce sens, une lecture plus approfondie confirme notre première impression : on n'a pas affaire à un grand arrêt parce que cet arrêt ne dit rien de fondamentalement nouveau. En matière de protection des investissements, il se borne pratiquement à reprendre des solutions dégagées trente-sept ans auparavant. S'agissant de la nature de l'institution et de son cadre, l'arrêt confirme pour l'essentiel des solutions déjà esquissées. Il tire une énergie nouvelle de l'achèvement des travaux de la CDI sur la protection diplomatique : la substitution de l'article 1^{er} des articles de la Commission au *dictum* de l'arrêt *Mavrommatis* est à cet égard rafraîchissante et bienvenue.

Il enrichit aussi quelque peu la réflexion, en particulier par l'intégration explicite des droits de l'homme parmi les normes primaires de référence dans l'exercice de la protection diplomatique. C'est là le principal apport de l'arrêt, c'est probablement ce dont on se souviendra : on ne peut pas dire pour autant que cela nous ait beaucoup étonné, parce que l'idée d'une régénération de l'institution par le biais des droits de l'homme était défendue depuis longtemps.

Plus fondamentalement, l'arrêt *Diallo* permet d'avoir une vision plus claire du devenir de la protection diplomatique, du sens de son évolution. Il nous fait comprendre que la protection diplomatique est un miroir au cadre inchangé : promenade le long du chemin du droit international, l'institution a changé à l'image du droit international, lui-même fruit des évolutions de la société internationale. Au début du XX^e siècle, la protection diplomatique est à l'image d'une société d'États souverains et d'un droit international presque exclusivement axé sur la coexistence entre entités souveraines. L'individu s'efface derrière la double omniprésence de l'État et de la Nation : l'État protège « son » ressortissant comme il protège son « objet », il fait valoir *son* droit, *sa* souveraineté bafouée. Au fur et à mesure que se font jour les nécessités liées à l'interdépendance entre États, une telle vision devient de moins en moins tenable. La société internationale évolue vers une réalité plus conforme à la vision scellienne du milieu intersocial et la protection diplomatique apparaît de plus en plus comme une *compétence* exercée par un État dans le cadre de la circonscription internationale qui lui est attribuée, en vertu de la loi du dédoublement fonctionnel : l'État ne fait plus valoir *son* droit, mais le droit de son ressortissant. Et si une telle action répond toujours à son intérêt, elle obéit surtout à celui la communauté internationale inorganisée dont il est l'agent d'exécution. Mais Scelle nous avait prévenu :

121. CR 2006/53, p. 37.

le dédoublement fonctionnel n'est qu'un succédané, il ne permet pas de remplir pleinement les fonctions internationales que nécessite l'interpénétration croissante des peuples. La solution consiste donc, à terme, dans la construction d'institutions supranationales permettant de conférer à l'individu une personnalité internationale active¹²². Cette construction progressive – que l'on voit se réaliser sous nos yeux dans les deux domaines des droits de l'homme et de la protection des investissements étrangers – a pour effet mécanique de réduire les cas de dédoublement fonctionnel et par conséquent de marginaliser la protection diplomatique. En se transformant, en changeant de nature, la protection diplomatique ne fait donc que prendre acte des conditions qui président à sa disparition progressive. Ce que le miroir reflète, c'est un chemin que les individus et les États empruntent de préférence chacun de leur côté. Ce n'est qu'en cas d'ultime besoin qu'ils acceptent de marcher côte à côte et de former un convoi unique : ceci ne peut advenir que dans de rares occurrences, qui nécessitent la rencontre de deux conditions : l'individu trouve sur son chemin des obstacles que seul l'État peut surmonter ; l'État juge que son intérêt justifie qu'il se mette en position de dédoublement fonctionnel et prenne l'individu à son bord pour lui faire bénéficier de ses moyens exorbitants.

On pourrait penser, dans ces conditions, que la seule manière de véritablement régénérer l'institution serait de changer son cadre, c'est-à-dire de modifier les conditions de sa mise en œuvre : on ferait ainsi, par exemple, de l'exercice de la protection diplomatique une obligation en droit international, et l'on assouplirait – on pourrait même penser à supprimer – les conditions de nationalité et d'épuisement des voies de recours internes, pour permettre une protection plus large et plus systématique des personnes dont les droits de toute nature auraient été violés.

Mais de telles modifications auraient pour conséquence de faire perdre à la protection diplomatique sa spécificité par rapport à d'autres voies de droit : on peut se demander, par exemple, quel avantage il y aurait à faire à l'État une obligation d'exercer sa protection diplomatique en cas de violation des droits de l'homme, plutôt que d'ouvrir à l'individu une voie de recours directe qu'il pourrait exercer de sa propre initiative devant une juridiction internationale, éventuellement avec l'assistance de son État national.

Du reste, il est douteux que ce soit en changeant le cadre du miroir que l'on puisse faire évoluer de manière quelconque le paysage qui s'y reflète : « [e]t l'homme qui porte le miroir dans sa hotte sera par vous accusé d'être immoral ! Son miroir montre la fange, et vous accusez le miroir ! Accusez bien plutôt le grand chemin où est le bourbier, et plus encore l'inspecteur des routes qui laisse l'eau croupir et le bourbier se former ». En revanche, il y a de grandes chances qu'à trop s'acharner sur le cadre, on en vienne à casser le miroir ! L'arrêt *Diallo* se lit comme un chapitre à ajouter au roman de la protection diplomatique. En l'état, ce roman est inachevé : il reste à en écrire la fin.

122. Par ex. *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, II, Paris, Recueil Sirey, 1934, p. 32 : « Il serait évidemment infiniment préférable que l'individu sujet de droit, qui peut normalement réclamer la vérification juridictionnelle des situations juridiques où il est impliqué par les tribunaux internes agissant dans leur compétence internationale, pût aussi *disposer des actions internationales juridictionnelles*, toutes les fois qu'il y a lieu de redouter un déni de justice ou de critiquer l'utilisation des compétences gouvernementales. L'instance réduite à une pure contestation de compétences individuelles perdrait immédiatement le caractère dangereux en même temps que politique qu'elle revêt entre gouvernements ».