

JOINT DISSENTING OPINION  
OF JUDGES AL-KHASAWNEH AND YUSUF

*Unable to accept paragraph 6 of dispositif — Violation of Diallo's rights as sole associé — Causal link between expulsion and violations to rights as associé — Dangerous precedent for foreign investors — Difference with treaty protected investors — Modern developments in area of foreign investments — Unsatisfactory state of law — Distinction between corporate personality and personality of the shareholder — Inherent in limited liability concept — However not absolute — Distinctions with Barcelona Traction — Triangular relation — State of nationality of company same State whose responsibility is invoked — Considerations of equity — Barcelona Traction overtaken by events — 2007 Judgment is res judicata — Concept of direct rights of associé does not detract from res judicata — Includes right of ownership — Importance of company size and persons running the company — By not accepting Diallo's rights Court missed a chance to provide redress — Also to take account of modern developments in investment laws and in human rights.*

We are, regrettably, unable to concur in paragraph 6 of the *dispositif* according to which the Court: “*Finds that the Democratic Republic of the Congo has not violated Mr. Diallo's direct rights as associé in Africom-Zaire and Africontainers-Zaire*”; nor are we persuaded by the reasoning and considerations on which this finding is based.

Quite the contrary, we feel that by arresting and detaining Mr. Diallo twice, first in 1988-1989 (which the Court found inadmissible) and a second time in 1995-1996 when his incarceration was followed by expulsion from the territory of the DRC, a grave injustice was committed against Mr. Diallo not only as a person but also as sole *associé* and *gérant* of his two companies; an injustice compounded by the horrendous delay in deciding this case, i.e., 12 years after the filing by the Republic of Guinea of its Application.

This injustice begins with the Court's acknowledgment of the illicit nature of Mr. Diallo's treatment at the hands of the DRC authorities in 1995-1996 (Judgment, para. 165 (2) (3) (4)) and of the arbitrariness of the “arrest and detention aimed at [the] expulsion measure”, as well as the

OPINION DISSIDENTE COMMUNE  
DE MM. LES JUGES AL-KHASAWNEH ET YUSUF

[Traduction]

*Impossibilité de souscrire au point 6 du dispositif — Violation des droits de M. Diallo en tant qu'unique associé — Lien de causalité entre son expulsion et les violations de ses droits en tant qu'associé — Précédent dangereux pour les investisseurs étrangers — Différence par rapport aux investisseurs protégés par un traité — Développements modernes dans le domaine des investissements étrangers — Etat du droit laissant à désirer — Distinction entre personnalité morale et personnalité de l'actionnaire — Distinction inhérente à la notion de responsabilité limitée — Distinction toutefois non absolue — Différences par rapport à la Barcelona Traction — Relation triangulaire — Situation dans laquelle l'Etat national de la société se trouve être le même que l'Etat dont la responsabilité est invoquée — Considérations d'équité — Arrêt de la Barcelona Traction dépassé par les faits — Arrêt de 2007 revêtant l'autorité de la chose jugée — Prise en compte des droits propres de l'associé ne remettant pas en question cette autorité — Droits propres incluant le droit de propriété — Importance de la taille de la société et des personnes qui la dirigent — Occasion manquée pour la Cour, en ne reconnaissant pas les droits de M. Diallo, d'accorder réparation — Occasion manquée, également, de prendre acte des récents développements du droit des investissements et du droit relatif aux droits de l'homme.*

Nous regrettons de ne pouvoir nous associer au point 6 du dispositif, dans lequel la Cour «[d]it que la République démocratique du Congo n'a pas violé les droits propres de M. Diallo en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre», et ne jugeons pas non plus convaincants le raisonnement et les considérations sur lesquels repose cette conclusion.

Bien au contraire, nous estimons que, en arrêtant et en détendant à deux reprises M. Diallo, une première fois en 1988-1989 (cas dans lequel la Cour a conclu à l'irrecevabilité) et une seconde fois en 1995-1996, cette dernière incarceration étant suivie de son expulsion du territoire congolais, la RDC a commis une profonde injustice à l'égard de l'intéressé, non seulement en tant que personne, mais également en tant qu'unique associé et gérant de ses deux sociétés — une injustice qu'a encore aggravée le laps de temps prodigieux qui s'est écoulé avant que l'affaire ne soit tranchée (douze ans, depuis le dépôt de la requête de la République de Guinée).

Cette injustice commence avec le traitement réservé à M. Diallo par les autorités congolaises en 1995-1996 (arrêt, par. 165, points 2, 3 et 4), jugé illicite par la Cour, et avec son «arrestation et [sa] détention visant à ... [la] mesure d'expulsion», jugées quant à elles arbitraires, ainsi qu'avec

Court's recognition — in what may be this part of the Judgment's only concession to reality — that

“it is difficult not to discern a link between Mr. Diallo's expulsion and the fact that he had attempted to recover debts which he believed were owed to his companies by, amongst others, the Zairean State or companies in which the State holds a substantial portion of the capital, bringing cases for this purpose before civil courts” (Judgment, para. 82).

Nevertheless, the Judgment refuses to draw the manifest and inescapable conclusion that ought, in our respectful opinion, to have been drawn from the Court's aforementioned findings. It is plain that the expulsion of Mr. Diallo was not an end in itself. Its intended consequence was, in all probability, to frustrate Mr. Diallo's attempts to recover his debts. At the very least it had that effect, something that the DRC authorities knew or ought to have known.

The enormity of the injustice committed against Mr. Diallo may also be measured in another way. Mr. Diallo was not one of a multitude of shareholders “[s]eparated from the company by numerous barriers” and therefore “[could not] be identified with it” as paragraph 41 of the *Barcelona Traction* Judgment contemplated (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, *Second Phase, Judgment*, *I.C.J. Reports 1970*, p. 34, para. 41). He was for all intents and purposes one and the same with the two companies. Nor were his *parts sociales* a small amount of his wealth, they were practically all his wealth with the result that, as a consequence of the actions taken by the DRC authorities against him, he was reduced to destitution.

But this injustice will not, in light of the Judgment, be confined to Mr. Diallo. Instead it could become a dangerous precedent for foreign investors. A State seeking to expropriate the assets of a unipersonal company (the term unipersonal is used here to include a *société privée à responsabilité limitée* which has evolved to have only one *associé gérant* and allowed to do business as such, or one composed of a small number of *associés*) would only have to expel the *associé* from its territory. If that expropriating State also happens to be the State of nationality of the company and hence in theory the protector State, there would be no possibility of redress whatsoever for the investor. In other words the net result would be an indirect expropriation without compensation or the need to show a justifying public interest.

Luckily, those foreign investors whose investments in foreign States are protected by bilateral or multilateral investment treaties would be shielded from such a risk. These treaties typically go much further than what Guinea has asked for in this case, namely in affording protection

le fait, également reconnu par la Cour (dans ce qui est peut-être la seule concession à la réalité qu'elle ait faite dans ce passage de l'arrêt), que

«il est difficile de ne pas percevoir un lien entre l'expulsion de M. Diallo et le fait qu'il ait tenté d'obtenir le recouvrement des créances qu'il estimait être dues à ses sociétés par, notamment, l'Etat zaïrois ou des entreprises dans lesquelles ce dernier détient une part importante du capital, en saisissant à cette fin les juridictions civiles» (arrêt, par. 82).

Dans son arrêt toutefois, la Cour se refuse à tirer la conclusion évidente et inéluctable qu'appellent, sauf le respect que nous lui devons, les constatations qui précèdent. Il ne fait aucun doute que l'expulsion de M. Diallo n'était pas une fin en soi. Elle était, selon toute probabilité, destinée à contrarier les tentatives faites par l'intéressé pour obtenir le recouvrement de ses créances. Telle en a tout au moins été la conséquence — chose que les autorités congolaises savaient, ou auraient dû savoir.

L'énormité de l'injustice commise à l'encontre de M. Diallo peut également se mesurer à une autre aune. M. Diallo n'était pas un actionnaire parmi bien d'autres, «séparé [de la société] par de nombreuses barrières» et ne pouvant, dès lors, «être identifié» à celle-ci, à la différence du cas visé au paragraphe 41 de l'arrêt rendu en l'affaire de la *Barcelona Traction (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 34, par. 41)*. Il ne formait, dans la pratique, qu'un avec les deux sociétés. En outre, ses parts sociales ne représentaient pas une petite fraction de sa fortune, elles formaient pratiquement toute sa richesse, de sorte que, en conséquence des mesures prises à son encontre par les autorités congolaises, M. Diallo s'est trouvé réduit à l'état d'indigence.

Or, compte tenu de l'arrêt rendu, cette injustice ne s'arrêtera pas à M. Diallo. Il pourrait, en effet, s'agir d'un dangereux précédent pour les investisseurs étrangers. Un Etat cherchant à exproprier les actifs d'une société unipersonnelle (le terme «unipersonnelle» étant ici utilisé pour désigner une société privée à responsabilité limitée qui en est venue à ne compter qu'un associé gérant, et a été autorisée à mener des transactions en tant que telle, ou une société composée seulement d'un petit nombre d'associés) n'aurait qu'à en expulser de son sol l'associé. Si l'Etat ayant procédé à l'expropriation se trouve être aussi l'Etat national de la société, et donc l'Etat supposé en assurer la protection, l'investisseur n'aura aucune possibilité d'obtenir réparation. En d'autres termes, une telle mesure se traduira concrètement par une expropriation indirecte non soumise à l'obligation d'indemnisation ou à la nécessité de démontrer l'existence d'un intérêt public qui viendrait la légitimer.

Heureusement, les investisseurs étrangers dont les investissements sont couverts par des traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissement seraient à l'abri de tels risques. Ces traités vont généralement bien au-delà de ce qu'a demandé la Guinée en l'espèce, en ce qu'ils accordent, notam-

through well-established techniques such as compulsory arbitration, dispensing with the need to exhaust local remedies, broadening the scope of the term “investment”, incorporating in the State of nationality of shareholders or in a third State, etc. These developments in the field of foreign investments have led to the wholesale abandonment of the distinction between the corporate personality of the company on the one hand and that of the shareholders on the other, resulting in a wide discrepancy between the customary international law standard and the standard contained in most investment treaties, with the customary law standard (if at all represented by what is contained in *Barcelona Traction*) being significantly lower than the one existing in the realm of investment treaties. The least that can be said about the state of customary international law given this discrepancy is that it is unsatisfactory.

The underlying *motif* of the 24 May 2007 Judgment on Preliminary Objections and of the present one is that the distinction between the rights of the company on the one hand and the “mere interests of the shareholders” on the other, is inherent in and flows from the very nature of the limited liability companies whether they be private or public. Thus the argument goes that just as shareholders are protected in municipal law (from which the concept was transposed by analogy into international law) from risk extending to all their assets, they must, by the same logic, be ready to accept loss confined to that part of their wealth which had been separately incorporated, *Fortuna* being a capricious Goddess whose moods the law cannot guarantee, but can at best regulate through limited liability. In the language of paragraph 42 of *Barcelona Traction*: “the shareholders’ rights in relation to the company and its assets remain limited, this being, moreover, a corollary of the limited nature of their liability” (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 35, para. 42; emphasis added).

This may indeed be true as a general proposition. However, in the realm of municipal law from which the concept of limited liability emanated, shareholders were never denied the protection which Judge Sir Gerald Fitzmaurice, in his separate opinion in *Barcelona Traction*, explained balances what he called the “hegemony” of the company (*ibid.*, p. 68, para. 8). In that celebrated opinion, Judge Fitzmaurice analysed why, in municipal law, an action cannot be brought by shareholders on behalf of the rights of the company notwithstanding that injury to the company may recoil or repercuss onto the shareholder:

“The true *rationale* (outside but underlying the law) of denying to the shareholder the possibility of action in respect of infringements

ment, une protection au moyen de mécanismes bien précis, tels que l'arbitrage obligatoire, la décharge de l'obligation d'épuiser les voies de recours internes, l'élargissement de la portée de la notion d'«investissement», la constitution de la société selon le droit de l'Etat national des actionnaires ou d'un Etat tiers, etc. Cette situation nouvelle née de l'évolution du droit des investissements étrangers a conduit à abandonner purement et simplement la distinction entre personnalité morale de l'entreprise et personnalité des actionnaires, avec pour conséquence un net décalage entre la norme existant en droit international coutumier et celle contenue dans la plupart des traités d'investissement, la protection offerte par la première (pour autant qu'elle soit reflétée dans l'arrêt rendu en l'affaire de la *Barcelona Traction*) étant bien moindre que celle prévue par les traités d'investissement. Au vu de ce décalage, le moins que l'on puisse dire de cet état du droit international coutumier est qu'il laisse à désirer.

Le raisonnement qui sous-tend aussi bien l'arrêt du 24 mai 2007 sur les exceptions préliminaires que la présente décision est que la distinction entre les droits de la société, d'une part, et les «simples intérêts des actionnaires», de l'autre, ressortit, intrinsèquement, à la nature même des sociétés anonymes ou des sociétés à responsabilité limitée. L'argument consiste ainsi à affirmer que, les actionnaires étant protégés en droit interne (notion transposée, par analogie, en droit international) contre l'exposition de l'ensemble de leurs actifs aux risques encourus, ils doivent, selon la même logique, être prêts à accepter des pertes limitées à la partie de leur richesse constituée par leur apport individuel au capital de la société, la Fortune étant une divinité capricieuse dont le droit, impuissant à garantir les humeurs, peut, tout au plus, tempérer l'inconstance par l'institution de la responsabilité limitée. Pour reprendre les termes employés au paragraphe 42 de l'arrêt rendu en l'affaire de la *Barcelona Traction*, «les droits des actionnaires à l'égard de la société et de ses biens restent limités, ce qui est d'ailleurs un corollaire du caractère limité de leur responsabilité» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 35, par. 42; les italiques sont de nous).

Cela est peut-être vrai en règle générale. Toutefois, dans le domaine du droit interne, qui a vu naître la notion de responsabilité limitée, les actionnaires ne se sont jamais vu refuser la protection dont sir Gerald Fitzmaurice, dans son opinion individuelle en l'affaire de la *Barcelona Traction*, expliquait qu'elle faisait contrepoids à ce qu'il appelait l'«hégémonie» de la société (*ibid.*, p. 68, par. 8). Dans cette opinion qui, pour beaucoup, a fait date, le juge Fitzmaurice a analysé les raisons pour lesquelles le droit interne n'autorisait pas un actionnaire à tenter un recours en protection des droits de la société alors même qu'un préjudice causé à celle-ci pouvait avoir sur lui des répercussions directes ou indirectes :

«La véritable raison (extérieure au droit mais sous-jacente à celui-ci) qui justifie que l'on dénie à l'actionnaire la possibilité d'agir

of *company* rights is that, normally, he does not need this. The *company* will act and, by so doing, will automatically protect not only its own interests but those of the shareholders also. That is the assumption; namely that the company is both capable of acting and will do so unless there are cogent reasons why, in the interests of the company and, hence, indirectly of the shareholders, it should refrain.” (*I.C.J. Reports 1970*, separate opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice, pp. 68-69, para. 10.)

This assumption does not hold in the sphere of international law. A State of nationality of a company retains discretion whether to act on behalf of the company or not. It would be recalled that Judge Fitzmaurice’s remarks were addressed to the facts of *Barcelona Traction* where Canada, the protecting State, though it acted at times on behalf of the company, refrained for the most part from doing so.

This situation is *a priori* even more applicable in the circumstances of the present case where the State of nationality of the two companies, Africom-Zaire and Africontainers-Zaire, was the same State accused of wrongdoing.

Elsewhere in his separate opinion Judge Fitzmaurice contemplated this very situation:

“*It seems that, actually, in only one category of situation is it more or less definitely admitted that intervention by the government of foreign shareholders is allowable, namely where the company concerned has the nationality of the very State responsible for the acts or damage complained of, and these, or the resulting circumstances, are such as to render the company incapable de facto of protecting its interests and hence those of the shareholders.* Clearly in this type of case no intervention or claim on behalf of the *company* as such can, in the nature of things, be possible at the international level, since the company has local not foreign nationality, and since also the very authority to which the company should be able to look for support or protection is itself the author of the damage. Consequently, *the normal rule of intervention only on behalf of the company by the company’s government becomes not so much inapplicable as irrelevant or meaningless in the context.* The efficacy of the corporate entity and its capability of useful action have broken down, and the shareholders become as it were substituted for the management to protect the company’s interests by any method legally open to them. If some of them have foreign nationality, one such way is to invoke the intervention of their government, and in the circumstances this must be regarded as admissible.” (*Ibid.*, p. 72, para. 14; emphasis added.)

lorsqu'il y a atteinte aux droits de la *société* est que normalement il n'a pas besoin de le faire. La *société* agira et, ce faisant, protégera automatiquement non seulement ses propres intérêts mais aussi ceux des actionnaires. On part donc de la double hypothèse que la société est capable d'agir et qu'elle le fera, à moins d'avoir des raisons impérieuses de s'abstenir dans son propre intérêt et donc indirectement dans celui des actionnaires.» (*C.I.J. Recueil 1970*, opinion individuelle du juge sir Gerald Fitzmaurice, p. 68-69, par. 10.)

Cette hypothèse ne tient pas dans le domaine du droit international. L'Etat national de la société conserve toute discrétion pour décider d'agir ou non pour le compte de la société. Rappelons d'ailleurs que les observations du juge Fitzmaurice portaient sur des faits propres à l'affaire de la *Barcelona Traction*, dans laquelle le Canada, Etat protecteur, quoique ayant parfois agi au nom de la société, s'était pour l'essentiel abstenu de le faire.

C'est là *a priori* un aspect encore plus pertinent compte tenu des circonstances de l'espèce, en laquelle l'Etat national des deux sociétés, Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, est précisément celui auquel est imputé l'acte illicite.

Dans un autre passage de son opinion individuelle, le juge Fitzmaurice envisageait précisément ce cas de figure :

*«En réalité il semble qu'il n'y ait qu'un seul type de situation où l'intervention du gouvernement d'actionnaires étrangers soit plus ou moins nettement admise : quand la société intéressée a la nationalité de l'Etat responsable des actes ou du dommage dont il est fait grief et quand ceux-ci, ou les conséquences qui en découlent, sont de nature à mettre la société dans l'incapacité de facto de protéger ses intérêts et, partant, ceux des actionnaires. Il est évident que, dans les cas de ce genre, aucune intervention ni réclamation pour le compte de la société elle-même ne saurait par hypothèse être possible sur le plan international puisque, d'une part, il s'agit d'une société nationale et non étrangère et que, d'autre part, l'autorité à laquelle la société devrait pouvoir s'adresser pour obtenir appui ou protection est précisément l'auteur du préjudice. Par conséquent, ce qui arrive en l'occurrence ce n'est pas tellement que la règle normale d'intervention par le gouvernement de la société, pour le compte de la seule société, devient inapplicable, mais qu'elle perd toute pertinence et toute signification. La personne morale étant devenue impuissante et incapable d'agir utilement, les actionnaires viennent en quelque sorte se substituer à la direction pour assurer la protection des intérêts de la société par tous les moyens légaux qui leur sont ouverts. Si certains actionnaires sont de nationalité étrangère, l'un de ces moyens consiste à solliciter l'intervention de leur gouvernement, ce qui doit être considéré comme admissible dans ces conditions.»* (*Ibid.*, p. 72-73, par. 14; les premiers et troisièmes italiens sont de nous.)



In support of this assertion Judge Fitzmaurice cited Paul de Visscher<sup>1</sup>:

“From this it necessarily results that if the rational justification for the mechanism of the corporate entity is brought to a collapse by the act of the very State whose law governs the status and allegiance of the corporate entity, its personality is no longer anything but a fiction void of all meaning, in which there can now be seen nothing but a bundle of individual rights.”

It may be said that this is but a separate opinion and that the main Judgment in *Barcelona Traction* did not adopt this line of thinking. This is demonstrably not the case.

It is important to recall that in *Barcelona Traction*, the Court was dealing with what it called a “triangular relationship” (*I.C.J. Reports 1970*, p. 42, para. 69) with Canada, Spain and Belgium each representing an apex in that relationship. Reviewing the contacts between the three Governments the Court came to the conclusion that:

“In sum, the record shows that from 1948 onwards the Canadian Government made to the Spanish Government numerous representations which cannot be viewed otherwise than as the exercise of diplomatic protection in respect of the Barcelona Traction company. *Therefore this was not a case where diplomatic protection was refused or remained in the sphere of fiction.*” (*Ibid.*, pp. 43-44, para. 76; emphasis added.)

Notwithstanding the fact that the Court was concerned primarily with a triangular relationship, it nevertheless contemplated a situation where, as a matter of equity, the State of nationality of the shareholders could take up their protection when the State whose responsibility is invoked is the same State of nationality of the company. The Court had the following to say:

“It is quite true that it has been maintained that, for reasons of equity, a State should be able, in certain cases, to take up the protection of its nationals, shareholders in a company which has been the victim of a violation of international law. Thus a theory has been developed to the effect that the State of the shareholders has a right of diplomatic protection when the State whose responsibility is invoked is the national State of the company. Whatever the validity of this theory may be, it is certainly not applicable to the present case, since Spain is not the national State of Barcelona Traction.

On the other hand, the Court considers that, in the field of diplomatic protection as in all other fields of international law, it is neces-

---

<sup>1</sup> Paul de Visscher, “La protection diplomatique des personnes morales”, *Recueil [Collected Courses] of the Hague Academy of International Law*, 1961, Vol. 102, p. 465.

A l'appui de cette affirmation, le juge Fitzmaurice citait Paul de Visser<sup>1</sup>:

«Il en découle nécessairement que si la justification rationnelle de la technique de la personnalité morale vient à s'écrouler par le fait même de l'Etat dont le droit régit le statut et l'allégeance de la personne morale, la personnalité morale n'est plus qu'une fiction vide de tout sens, dans laquelle il ne faut plus voir qu'un faisceau de droits individuels.»

D'aucuns argueront qu'il ne s'agit là que d'une opinion individuelle, et que la Cour, dans l'arrêt qu'elle a rendu au principal en l'affaire de la *Barcelona Traction*, n'a pas adopté cette manière de voir. Or, il apparaît que tel n'est pas le cas.

Il importe tout d'abord de rappeler que, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour se trouvait face à une «relation triangulaire», pour reprendre ses termes (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 42, par. 69), dans laquelle les trois sommets du triangle étaient le Canada, l'Espagne et la Belgique. Examinant les liens entre les trois gouvernements, la Cour a conclu ceci:

«En somme il ressort du dossier qu'à partir de 1948 le Gouvernement canadien a fait auprès du Gouvernement espagnol de nombreuses démarches dans lesquelles on ne saurait voir autre chose que l'exercice de la protection diplomatique de la société *Barcelona Traction*. *Il ne s'agit donc pas d'un cas où la protection diplomatique a été refusée, ni d'un cas où elle est restée théorique.*» (*Ibid.*, p. 43-44, par. 76; les italiques sont de nous.)

Bien qu'ayant essentiellement affaire à une relation triangulaire, la Cour n'en a pas moins envisagé le cas où, pour des raisons d'équité, lorsque l'Etat dont la responsabilité est en cause est l'Etat national de la société, l'Etat national des actionnaires peut assumer la protection de ceux-ci, affirmant:

«Certes on a soutenu que, pour des raisons d'équité, un Etat 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'Etat des actionnaires aurait le droit d'exercer sa protection diplomatique lorsque l'Etat dont la responsabilité est en cause est l'Etat national de la société. Quelle que soit la validité de cette thèse, elle ne saurait aucunement être appliquée à la présente affaire, puisque l'Espagne n'est pas l'Etat national de la *Barcelona Traction*.

En revanche la Cour estime que, dans le domaine de la protection diplomatique comme dans tous les autres domaines, le droit interna-

---

<sup>1</sup> Paul de Visser, «La protection diplomatique des personnes morales», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 102 (1961), p. 465.

sary that the law be applied reasonably. It has been suggested that if in a given case it is not possible to apply the general rule that the right of diplomatic protection of a company belongs to its national State, considerations of equity might call for the possibility of protection of the shareholders in question by their own national State. This hypothesis does not correspond to the circumstances of the present case.

In view, however, of the discretionary nature of diplomatic protection, considerations of equity cannot require more than the possibility for some protector State to intervene, whether it be the national State of the company, by virtue of the general rule mentioned above, or, in a secondary capacity, the national State of the shareholders who claim protection.” (*I.C.J. Reports 1970*, p. 48, paras. 92-94.)

To be sure, the Court went on to speak of practical considerations that might argue against basing the right of protection on considerations of equity especially when there are numerous investors from different nationalities and with minority shareholdings. But the Court never precluded, as a matter of principle, the operation of diplomatic protection of shareholders when there is no protecting State. We cannot think of a situation where considerations of equity would have been more appropriate than in the present case, all the more so since there was no danger of “confusion and insecurity in international economic relations” as a result of “opening the door to competing diplomatic claims” (*ibid.*, p. 49, para. 96).

Moreover the Court, in *Barcelona Traction*, was careful to stress that its conclusion (as to the separate corporate personality from that of the shareholders) was confined to the particular circumstances of *Barcelona Traction*. It stated that “[f]or the above reasons, the Court is not of the opinion that in the particular circumstances of the present case, *jus standi* is conferred on the Belgian Government by considerations of equity” (*ibid.*, p. 50, para. 101; emphasis added), thereby acknowledging that the *locus standi in judicio* could *a contrario* be conferred as a matter of equity (equity *infra legum*) in other cases.

It is also significant that those judges who supported the conclusions regarding lack of standing of the shareholders state in *Barcelona Traction* were motivated, in large part, by a practical and what may be a legitimate apprehension that opening the door for protection of shareholders by their national State would lead to abuse by capital-exporting countries and the creation of economic neo-colonization<sup>2</sup>. Thus Judge Ammoun cited, *inter alia*, the work of the Institut de droit international in the following words:

---

<sup>2</sup> Judge Ammoun cites the opinions of Mr. Nagendra Singh (India), Mr. Kamil Yasseen (Iraq) and Mr. Nihat Erim (Turkey), and in a footnote the observations of Professor Rolin.

tional 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 Etat national, il pourrait être indiqué, pour des raisons d'équité, que la protection des actionnaires en cause soit assurée par leur propre Etat national. L'hypothèse envisagée ne correspond pas aux circonstances de la présente affaire.

Etant donné toutefois la nature discrétionnaire de la protection diplomatique, les considérations d'équité ne sauraient exiger plus que la possibilité de voir intervenir un Etat protecteur, qu'il s'agisse, en vertu de la règle générale exposée plus haut, de l'Etat national de la société ou, à titre subsidiaire, de l'Etat national des actionnaires réclamant protection.» (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 48, par. 92-94.)

Quoique la Cour poursuive en mentionnant les raisons pratiques qui pourraient militer contre l'opportunité de fonder ainsi le droit d'exercer la protection sur des considérations d'équité, tout particulièrement si les investisseurs sont nombreux, de nationalités différentes et détenteurs de parts minoritaires, elle n'a jamais exclu, par principe, le recours à la protection diplomatique des actionnaires en l'absence d'un Etat protecteur. Or, nous ne saurions songer à un cas où des considérations d'équité se seraient trouvées plus justifiées qu'en la présente espèce, dans laquelle il n'existait, au surplus, aucun risque de voir le fait d'«ouvr[ir] la voie à des réclamations diplomatiques concurrentes» créer un climat «de confusion et d'insécurité dans les relations économiques internationales» (*ibid.*, p. 49, par. 96).

En outre, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour a pris soin de souligner que sa conclusion (quant à la distinction entre la personnalité de la société et celle des actionnaires) s'inscrivait dans le cadre des circonstances propres à l'espèce. En précisant que, «[p]our les motifs [qu'elle avait] indiqués, la Cour n'[était] pas d'avis que, *dans les circonstances particulières de [l']affaire*, des considérations d'équité [fussent] de nature à conférer qualité pour agir au Gouvernement belge» (*ibid.*, p. 50, par. 101; les italiques sont de nous), elle reconnaissait, que, dans d'autres cas de figure, cette qualité pouvait *a contrario* être conférée pour des raisons d'équité (équité *infra legem*).

Il est également à relever que les juges qui ont fait leurs conclusions concernant le défaut de qualité de l'Etat des actionnaires en l'affaire de la *Barcelona Traction* étaient, pour une large part, animés par la crainte, fort concrète et peut-être légitime, que la reconnaissance à l'Etat national du droit d'agir en protection de ses actionnaires ne mène à des abus de la part de pays exportateurs de capitaux et à l'instauration d'un néo-colonialisme économique<sup>2</sup>. Le juge Ammoun citait ainsi, entre autres, les travaux de l'Institut de droit international en ces termes:

<sup>2</sup> Le juge Ammoun cite les opinions de MM. Nagendra Singh (Inde), Kamil Yasseen (Irak) et Nihat Erim (Turquie), et, en note de bas de page, les observations du professeur Rolin.

“As for the Institut de droit international, at its Nice session in 1967 it had to study the problem of investment in developing countries. The jurists of the Afro-Asian group who took part in the proceedings of that session expressed the opinion of their group by replying in the negative to the question whether ‘shareholders are entitled to ask for diplomatic protection of their State in cases in which the company in which they have invested cannot or will not ask for it itself, as against the developing country’.” (*I.C.J. Reports 1970*, separate opinion of Judge Ammoun, p. 330, para. 39.)

The irony of the foregoing is that those concerns were overtaken by events. The proliferation of bilateral and multilateral investment treaties, and the assertion by some States of a right, sometimes expressed in legislation<sup>3</sup>, of intervention to protect the interests of national shareholders in foreign companies, together with a parallel development in the field of human rights, to which we shall return later, have all meant that the low standard of protection of shareholders under customary law is now confined to the wretched of the earth like Mr. Diallo. Such a result could not have been contemplated by those judges whose uppermost concern was, in the words of Professor Rolin:

“to encourage investments for the benefit of developing countries, by giving guarantees on both sides, both to those countries themselves in order to avoid a form of economic neo-colonialism, which would bring about their subjection to the rich countries, and in order to put investors out of reach of certain risks” (cited by Judge Ammoun, *ibid.*, p. 330, footnote 83).

Be this as it may, it was a narrow and, in our respectful opinion, an unwarranted interpretation of *Barcelona Traction* that found its way into the 2007 Judgment on Preliminary Objections where the Court upheld the DRC objection “in so far as it concerns protection of Mr. Diallo in respect of alleged violations of rights of Africom-Zaire and Africontainers-Zaire” (*Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II)*, p. 617, para. 1 (b)). This conclusion is now fortified by the force of *res judicata*.

However the 2007 Judgment rejected the DRC objection “in so far as it concerns protection of Mr. Diallo’s rights as *associé* in Africom-Zaire

<sup>3</sup> According to the United Kingdom’s 1985 Rules Applying to International Claims “where a United Kingdom national has an interest, as a shareholder or otherwise, in a company incorporated in another State and of which it is therefore a national and that State injures the company, Her Majesty’s Government may intervene to protect the interests of the United Kingdom national” (Rule VI, reprinted in *ICLQ*, Vol. 37 (1988), p. 1007).

«Quant à l'Institut de droit international, il eut à étudier en 1967, à la session de Nice, le problème des investissements dans les pays en voie de développement. Les juristes du groupe afro-asiatique qui ont participé aux travaux de cette session ont exprimé l'opinion de leur groupe en répondant par la négative à la question de savoir si «les actionnaires sont en droit de demander la protection diplomatique de leur Etat au cas où la société dans laquelle ils ont investi ne peut ou ne veut pas la demander elle-même à l'encontre du pays en voie de développement».» (*C.I.J. Recueil 1970*, opinion individuelle du juge Ammoun, p. 330, par. 39.)

L'ironie veut que la réalité ait dépassé toutes les appréhensions. La prolifération des traités d'investissement bilatéraux et multilatéraux, et l'affirmation par certains Etats d'un droit, parfois inscrit dans leur législation<sup>3</sup>, d'intervenir en vue de protéger les intérêts de leurs ressortissants actionnaires de sociétés étrangères, conjuguées à une évolution parallèle dans le domaine des droits de l'homme, sur laquelle nous reviendrons un peu plus loin, ont toutes eu pour conséquence que le faible degré de protection reconnu aux actionnaires par le droit coutumier n'est plus désormais le lot que des seuls damnés de la terre, tel M. Diallo. Un résultat que n'escomptaient assurément pas les juges dont la préoccupation première était, pour reprendre les termes employés par le professeur Rolin,

«d'encourager les investissements au profit des pays en voie de développement en donnant des garanties de part et d'autre, tant à ces pays eux-mêmes, pour éviter un néo-colonialisme économique amenant leur sujétion aux pays riches, que pour mettre les investisseurs à l'abri de certains risques» (cité par le juge Ammoun, *ibid.*, p. 330, note de bas de page n° 83).

Quoi qu'il en soit, c'est une interprétation restrictive et, à notre humble avis, infondée de l'arrêt rendu en l'affaire de la *Barcelona Traction* qui s'est frayé un chemin dans l'arrêt de 2007 sur les exceptions préliminaires, dans lequel la Cour a retenu l'exception de la RDC «en ce qu'elle a trait à la protection de M. Diallo pour les atteintes alléguées aux droits des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre» (*Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 617, point 1, al. b), du dispositif). Cette conclusion est maintenant revêtue de l'autorité de la chose jugée.

Toutefois, dans ce même arrêt, la Cour a rejeté l'exception de la RDC «en ce qu'elle a trait à la protection des droits propres de M. Diallo en

<sup>3</sup> Selon les règles applicables aux réclamations internationales (*Rules Applying to International Claims*) édictées par le Royaume-Uni en 1985, «lorsqu'un ressortissant britannique possède un intérêt, en tant, par exemple, qu'actionnaire, dans une société constituée selon le droit d'un autre Etat, dont elle a en conséquence la nationalité, et que ledit Etat lèse cette société, le Gouvernement de Sa Majesté peut intervenir pour protéger les intérêts du ressortissant britannique» (Rule VI, dans *ICLQ*, vol. 37 (1988), p. 1007 (réimpr.)).

and Africontainers-Zaire” (*I.C.J. Reports 2007 (II)*), p. 617, para. 1 (a) of the operative paragraphs). It is to those rights untouched by *res judicata* that we shall now turn.

It would be recalled that *Barcelona Traction* drew a distinction between the rights of the company and the *interests* of the shareholders on the one hand<sup>4</sup> (*I.C.J. Reports 1970*, p. 36, para. 46), and the rights of the company and the *direct rights* of the shareholders, on the other (*ibid.*, p. 36, para. 47).

“The situation is different if the act complained of is aimed at the direct rights of the shareholder as such. It is well known that there are rights which municipal law confers upon the latter distinct from those of the company, including the right to any declared dividend, the right to attend and vote at general meetings, the right to share in the residual assets of the company on liquidation. Whenever one of his direct rights is infringed, the shareholder has an independent right of action. On this there is no disagreement between the Parties. But a distinction must be drawn between a direct infringement of the shareholder’s rights, and difficulties or financial losses to which he may be exposed as the result of the situation of the company.” (*Ibid.*, p. 36, para. 47.)

In the event, the Court did not pursue the consequences of this distinction because: “[t]he Belgian Government did not base its claim on an infringement of the direct rights of the shareholders. Thus it [was] not open to the Court to go beyond the claim as formulated by the Belgian Government” (*ibid.*, p. 37, para. 49).

By contrast, in the present case, Guinea did (re)formulate its claim in terms of the infringement of the direct rights of Mr. Diallo as an *associé* (para. 13 of the Judgment). Further, since the enumeration of those rights was non-exhaustive (evidenced through the use of the word “including”), Guinea added to the three rights mentioned in the *Barcelona Traction* Judgment, a fourth set of rights, namely, the rights “of ownership and management in respect of the companies founded by him in the DRC”, and in which he was the sole *associé*; the rights of “pursuing recovery of the numerous debts owed to him — to himself personally and to the said companies — both by the DRC itself and by other contractual partners”; and the right to be free from *de facto* expropriation.

Those rights and their infringements cannot be measured by a single criterion regardless of the size of the company concerned, or the central-

---

<sup>4</sup> With regard to the latter distinction the Court in *Barcelona Traction* expounded those rights as follows: “[n]ot a mere interest affected, but solely a right infringed involves responsibility, so that an act directed against and infringing only the company’s rights does not involve responsibility towards the shareholders, even if their interests are affected.” (*I.C.J. Reports 1970*, p. 36, para. 46.)

tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre» (*C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 617, point 1, al. a), du dispositif). C'est sur ces droits, qui ne relèvent pas de la chose jugée, que nous allons à présent nous pencher.

Il convient de rappeler que la Cour, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, a fait la distinction entre, d'une part, les droits de la société et les *intérêts* des actionnaires<sup>4</sup> (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 36, par. 46), et, d'autre part, les droits de la société et les *droits propres* des actionnaires (*ibid.*, p. 36, par. 47), écrivant :

«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.» (*Ibid.*, p. 36, par. 47.)

La Cour n'a pas approfondi à cette occasion les conséquences de cette distinction ; le Gouvernement belge n'ayant pas «fond[é] ... sa demande sur une atteinte aux droits propres des actionnaires, elle ne [pouvait] aller au-delà de la demande telle qu'elle a[vait] été formulée» par ce gouvernement (*ibid.*, p. 37, par. 49).

En la présente espèce, en revanche, la Guinée a (re)formulé sa demande en termes d'atteinte aux droits propres de M. Diallo en tant qu'associé (paragraphe 13 de l'arrêt). En outre, l'énumération de ces droits contenue dans l'arrêt rendu en l'affaire de la *Barcelona Traction* n'étant pas exhaustive (comme en témoigne l'usage de l'expression «parmi lesquels»), la Guinée a ajouté aux trois droits mentionnés alors un quatrième ensemble de droits : les droits «de propriété et de direction des sociétés qu[e M. Diallo] a[vait] fondées en RDC» et dont il était l'unique associé ; le droit de «poursuivre le recouvrement des nombreuses créances qui lui [étaient] dues, à lui-même et auxdites sociétés, tant par la RDC elle-même que par d'autres co-contractants» ; et le droit de ne pas être l'objet d'une expropriation de fait.

Ces droits et les atteintes à ces droits ne peuvent être mesurés à l'aune d'un critère unique, indépendamment de la taille de la société en ques-

<sup>4</sup> S'agissant de cette dernière distinction, la Cour, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, a ainsi, à propos de ces droits, apporté la précision suivante : «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.» (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 36, par. 46).



ity of the role played by certain persons, in running such a company. In *Barcelona Traction* — where the individual shareholder was “[s]eparated from the company by numerous barriers, [and where] the shareholder [could not] be identified with it” (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, *Second Phase, Judgment*, *I.C.J. Reports 1970*, p. 34, para. 41; emphasis added) — it would have made perfect sense to speak of the right to hold general meetings and to appoint a *gérant*.

The present case undoubtedly differs from *Barcelona Traction* in that regard. The two companies had become one-man companies which operated as such in the DRC — a fact which is not contested by the Parties — and where the sole *associé* was also the *gérant*. To require the *associé* to hold general meetings or to invoke his failure to do so as justification for the assertion that his rights to participate and vote in general meetings, or to appoint a *gérant*, or to monitor the management of the companies, were not violated is quite surrealistic (an exiled destitute *associé/gérant* participating in a general meeting with himself?)

Paragraph 115 of the present Judgment is patently apologetic. It is worth quoting in full:

“In the following paragraphs, the Court is careful to maintain the strict distinction between the alleged infringements of the rights of the two SPRLs at issue and the alleged infringements of Mr. Diallo’s direct rights as *associé* of these latter (see *I.C.J. Reports 2007 (II)*, pp. 605-606, paras. 62-63). The Court understands that such a distinction could appear artificial in the case of an SPRL in which the *parts sociales* are held in practice by a single *associé*. It is nonetheless well-founded juridically, and it is essential to rigorously observe it in the present case. Guinea itself accepts this distinction in the present stage of the proceedings, and most of its arguments are indeed based on it. The Court has to deal with the claims as they were presented by the Applicant.”

Of course Guinea had to accept this distinction in view of the *res judicata* of the 2007 Judgment. However, we believe it was well within the Court’s power to take cognizance of the reality of the situation, in particular that where there is in effect one *associé/gérant* the infringement of the company rights is *ipso facto* infringement of the direct rights of the owner.

By insisting on a dogmatic application of a one-size-fits all approach, *Barcelona Traction* (or rather on a narrow interpretation of *Barcelona Traction* that did not take account of the absence of a protecting State), the Court missed a chance to provide redress to Mr. Diallo as a matter of equity without at the same time detracting from the formal force of its 2007 Judgment. Equally importantly, the Court missed a chance to bring into line the standard of protection of investors like Mr. Diallo with the

tion, ou du caractère central du rôle joué par certains individus dans la gestion de cette société. En l'affaire de la *Barcelona Traction* — dans le cadre de laquelle l'actionnaire ne pouvait «être identifié à la société, dont il [était] séparé par de nombreuses barrières» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 34, par. 41; les italiques sont de nous) —, il aurait été tout à fait légitime de faire état du droit de tenir des assemblées générales et de nommer un gérant.

La présente affaire, toutefois, se distingue incontestablement de celle de la *Barcelona Traction* à cet égard. Les deux sociétés étaient devenues des sociétés unipersonnelles, fonctionnant en tant que telles en RDC — fait que les Parties ne contestent pas —, et leur unique associé en était aussi le gérant. Faire obligation à l'associé de tenir des assemblées générales, ou prendre prétexte de ce que celui-ci ne l'a pas fait pour affirmer que ses droits de prendre part aux assemblées générales et d'y voter, de nommer un gérant ou encore de contrôler la gérance des sociétés n'ont pas été violés, est parfaitement surréaliste (un associé/gérant impécunieux et en exil se réunissant en assemblée générale avec lui-même?).

Au paragraphe 115 du présent arrêt, la Cour, manifestement, cherche à s'en excuser. Ce paragraphe mérite d'être cité *in extenso* :

«Dans les motifs qui vont suivre, la Cour veillera à maintenir strictement la distinction entre les atteintes alléguées aux droits des deux SPRL en cause et les atteintes alléguées aux droits propres de M. Diallo en tant qu'associé de celles-ci (voir *C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 605-606, par. 62-63). Qu'une telle distinction puisse paraître artificielle dans le cas d'une SPRL dont les parts sociales sont détenues en fait par un seul associé, la Cour le conçoit. Elle n'en reste pas moins juridiquement fondée, et il est indispensable de l'observer rigoureusement dans la présente affaire. La Guinée elle-même accepte, dans la phase actuelle de la procédure, cette distinction, et la plupart de ses arguments sont précisément fondés sur elle. La Cour doit se prononcer sur les prétentions du demandeur telles que celui-ci les a présentées.»

La Guinée a bien sûr dû accepter cette distinction, compte tenu de l'autorité de la chose jugée dont est revêtu l'arrêt de 2007. Toutefois, nous pensons que rien n'empêchait la Cour de prendre acte de la réalité de la situation et, plus particulièrement, de ce que, lorsqu'il n'y a de fait qu'un associé/gérant, l'atteinte aux droits de la société est *ipso facto* une atteinte aux droits propres de son propriétaire.

En insistant pour appliquer de manière dogmatique une solution toute faite, celle offerte par la *Barcelona Traction* (ou plus exactement par une interprétation étroite de cette décision, ne prenant pas en compte l'absence d'un Etat protecteur), la Cour a manqué l'occasion qui lui était donnée d'accorder réparation à M. Diallo, sur la base de considérations d'équité, sans pour autant porter atteinte à l'autorité formelle dont est investi son arrêt de 2007. Non moins important, elle a manqué une occasion

standard now found in jurisprudence emanating from regional courts and arbitral tribunals. This latter standard, as had been previously alluded to, has arguably become an international minimum standard to which even those investors not covered by bilateral or multilateral investment treaties may be entitled.

It is to those pertinent developments that we shall now turn in the remainder of this joint dissenting opinion with the aim of ascertaining the current state of the law.

We start however by stressing that when we speak of modern developments we do not imply a paucity in older authorities, such as *Delagoa Bay Railway Company* case; *Mexican Eagle Company* case, *Romano-Americana* case<sup>5</sup>; *El Triunfo Award of 8 May 1902*<sup>6</sup>; *Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers Award of 5 August 1926*<sup>7</sup>.

There are, we believe, three developments in the modern law regulating States' treatment of foreign investments which, taken cumulatively, may justify revisiting the *Barcelona Traction* rule on standing. These are: protection against indirect expropriation; diplomatic protection of shareholders against the national State of the company and the reach coverage of bilateral investment treaties.

Thus in respect of indirect expropriation, the Iran-US Claims Tribunal defined expropriation as occurring "where the State interferes with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated" (122 *Iran-US Claims Tribunal Reports*, p. 154). Similarly in *Tecmed v. United Mexican States*, Award of 29 May 2003 (ICSID)<sup>8</sup>, the Award spoke of expropriation [occurring] if the claimant "was radically deprived of the economical use and enjoyment of its investments, as if the rights related thereto . . . had ceased to exist" (p. 43, para. 115).

Such injury is the one suffered by Mr. Diallo's companies, caused by his (unarguably wrongful) expulsion. In *Biloune and Marine Drive Com-*

---

<sup>5</sup> *Delagoa Bay Railway Company* case, *Digest of International Law*, Vol. VI, p. 648; *Mexican Eagle Company (El Aguila)*, M. Whiteman, *Digest of International Law*, Vol. VIII, pp. 1272-1274; *Romano-Americana* case, Hackworth, *Digest of International Law*, Vol. V, p. 841.

<sup>6</sup> *El Triunfo*, Award of 8 May 1902, *RIAA*, Vol. XV, p. 467.

<sup>7</sup> *Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers*, Award of 5 August 1926, *RIAA*, Vol. II, p. 790.

<sup>8</sup> *Tecnicas Medioambientales Tecmed v. United Mexican States*, Award of 29 May 2003, ICSID, case No. ARB (AF)/00/2.

d'aligner la norme de protection applicable à des investisseurs tels que M. Diallo sur celle que l'on trouve désormais dans la jurisprudence de juridictions arbitrales et régionales, norme dont, ainsi qu'évoqué plus haut, il est loisible de penser qu'elle est devenue une norme internationale minimale dont même les investisseurs non couverts par des traités d'investissement bilatéraux ou multilatéraux peuvent se prévaloir.

C'est à cette évolution récente, pertinente pour les questions qui nous occupent ici, que, afin de déterminer l'état actuel du droit, nous allons nous intéresser dans la dernière partie de la présente opinion dissidente commune.

Nous voudrions toutefois commencer par préciser que, lorsque nous parlons d'évolution récente, nous n'entendons pas pour autant minimiser l'importance de précédents plus anciens — citons notamment les affaires suivantes: *Delagoa Bay Railway Company*; *Mexican Eagle Company*; *Romano-Americana*<sup>5</sup>; *El Triunfo* (sentence du 8 mai 1902)<sup>6</sup>; *Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers* (sentence du 5 août 1926)<sup>7</sup>.

Il y a, pensons-nous, trois développements dans le droit moderne régissant le traitement par les Etats des investissements étrangers qui, cumulés, pourraient justifier de revenir sur la règle énoncée dans l'affaire de la *Barcelona Traction* concernant la qualité pour agir. Ils portent sur la protection contre l'expropriation indirecte; la protection diplomatique des actionnaires contre l'Etat national de la société; et la portée des traités bilatéraux d'investissement.

Ainsi, en ce qui concerne l'expropriation indirecte, le tribunal des réclamations Iran/Etats-Unis a jugé qu'il y avait expropriation lorsque «l'ingérence de l'Etat dans les droits de propriété [était] telle que ces droits [étaient] rendus à ce point inutiles que leurs titulaires d[é]vaient être réputés avoir été expropriés» (*Iran-US Claims Tribunal Reports* 122, p. 154). De même, dans la sentence rendue le 29 mai 2003 en l'affaire *Tecmed v. United Mexican States* (CIRDI)<sup>8</sup>, il a été considéré qu'une expropriation devait être réputée avoir eu lieu si le plaignant «avait été privé de manière radicale de l'utilisation et de la jouissance économiques de ses investissements, comme si les droits qui y étaient rattachés ... avaient cessé d'exister» (p. 43, par. 115).

Tel est précisément le type de préjudice subi par les sociétés de M. Diallo, à la suite d'une expulsion qui, incontestablement, était illicite.

<sup>5</sup> *Delagoa Bay Railway Company*, *Digest of International Law*, vol. VI, p. 648; *Mexican Eagle Company (El Aguila)*, M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. VIII, p. 1272-1274; *Romano-Americana*, Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, p. 841.

<sup>6</sup> *El Triunfo*, sentence du 8 mai 1902, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV, p. 467.

<sup>7</sup> *Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers*, sentence du 5 août 1926, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 790.

<sup>8</sup> *Tecnicas Medioambientales Tecmed v. United Mexican States*, sentence du 29 mai 2003, CIRDI, affaire n° ARB (AF)/00/2.

*plex Ltd. v. Ghana Investments Centre*<sup>9</sup>, also dealing with the expulsion of the central figure of a unipersonal company (though incorporated as a company with limited liability), the Tribunal based itself on the central role of Mr. Biloune in promoting, financing and managing MDCL, to determine that his expulsion from the country effectively prevented MDCL from further pursuing the project. Such prevention would constitute constructive expropriation of MDCL's contractual rights in the project and, accordingly, the expropriation of the value of Mr. Biloune's interest in MDCL, unless the Respondent can establish by persuasive evidence sufficient justification for those events.

With respect to the protection of shareholders in international law, it suffices to recall that paragraph 92 of the *Barcelona Traction* Judgment may, and has been read, for example by the International Law Commission, as not passing negative judgment on the theory that had been developed to the effect that "the State of the shareholders has a right of diplomatic protection when the State whose responsibility is invoked is the national State of the company"<sup>10</sup>. The Court merely noted that "[w]hatever the validity of this theory may be, it is certainly not applicable to the present case, since Spain is not the national State of *Barcelona Traction*" (*I.C.J. Reports 1970*, p. 48, para. 92). With regard to bilateral investment treaties, it should be noted that the scope of protection afforded to the covered investments is significantly more extensive than the protection sought by Guinea in the present case. Indeed, investment treaties extend their protection to cases where the shareholder and the corporation are not as closely identified as they were in the case of Mr. Diallo and his two companies, by *inter alia* extending it to minority shareholders, and to shareholders whose corporation is incorporated in a third State (as was the case in *Barcelona Traction*).

Lastly we wish to point briefly to the impact of developments in the field of human rights on the right to be free from indirect or direct expropriation. Thus the European Court of Human Rights has accepted that the sole owner of a company may claim to be a "victim" (within the meaning of Article 34 of the 1950 Rome Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) of measures taken against his company, because in the case of a single shareholder company, there is no risk of differences of opinion among shareholders or between shareholders, and the board of directors, as to the fact of infringements of the

---

<sup>9</sup> *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, Award on Jurisdiction and Liability, 27 October 1989, 95 *ILR* 184.

<sup>10</sup> International Law Commission Commentary to Draft Article 11 (*b*) on Diplomatic Protection (58th Session), 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006, UN doc. A/61/10, pp. 62-65.

Dans l'affaire *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre*<sup>9</sup>, le tribunal, qui avait également à connaître de l'expulsion de celui qui se trouvait être le pilier d'une société unipersonnelle (quoique constituée en société anonyme) — la MDCL —, s'est fondé sur le rôle central joué par M. Biloune dans la promotion, le financement et la gestion de cette société pour conclure que l'expulsion de l'intéressé avait de fait empêché la société de poursuivre l'exécution de son projet, cet état de fait constituant une expropriation non déclarée («constructive expropriation») des droits contractuels de la MDCL à l'égard du projet et, partant, une expropriation d'une valeur égale à celle des intérêts de M. Biloune dans la MDCL, dès lors que le défendeur ne pouvait établir, preuves concluantes à l'appui, que ces faits étaient suffisamment justifiés.

En ce qui concerne la protection des actionnaires en droit international, il suffit de rappeler une autre interprétation possible — et faite d'ailleurs par la Commission du droit international — du paragraphe 92 de l'arrêt rendu en l'affaire de la *Barcelona Traction*, à savoir que la Cour n'aurait pas contredit la thèse selon laquelle «l'Etat des actionnaires aurait le droit d'exercer sa protection diplomatique lorsque l'Etat dont la responsabilité est en cause est l'Etat national de la société»<sup>10</sup>, s'étant contentée de noter que, «[q]uelle qu'[en] soit la validité[,] cette thèse ... ne saurait aucunement être appliquée à la présente affaire, puisque l'Espagne n'est pas l'Etat national de la Barcelona Traction» (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 48, par. 92). Enfin, s'agissant des traités bilatéraux d'investissement, il convient de relever que la protection qu'ils accordent aux investissements concernés est nettement plus étendue que celle demandée par la Guinée en la présente affaire. La protection garantie par les traités d'investissement englobe en effet des cas où l'actionnaire et la société ne peuvent s'identifier aussi étroitement l'un à l'autre que M. Diallo et ses deux sociétés, puisqu'elle s'étend notamment aux actionnaires minoritaires et à des actionnaires dont la société est constituée selon le droit d'un Etat tiers (comme l'était la Barcelona Traction).

Enfin, nous voudrions souligner en quelques mots les conséquences que certains développements intervenus dans le domaine des droits de l'homme ont eues sur le droit de ne pas être soumis à une expropriation directe ou indirecte. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a admis que le propriétaire exclusif d'une société pouvait se prétendre «victime» — au sens de l'article 34 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome en 1950 — de mesures dirigées contre son entreprise puisque, dans le cas d'une société unipersonnelle, il n'existait aucun risque de divergence d'opinion entre les

<sup>9</sup> *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, sentence sur la compétence et la responsabilité, 27 octobre 1989, 95 ILR 184.

<sup>10</sup> Commentaire relatif au projet d'article 11 *b)* sur la protection diplomatique, p. 64-67. (Rapport de la Commission du droit international, 58<sup>e</sup> session, 1<sup>er</sup> mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006, Nations Unies, doc. A/61/10.)

rights protected under the Convention or concerning the most appropriate way of reacting to such infringement (see *Ankarcrona v. Sweden* (dec.), No. 35178/97, 27 June 2000; *Dyrwold v. Sweden*, No. 12259/86, Commission decision, 7 September 1990). In the recent case of *Nosov v. Russia* (dec.), No. 30877/02, 20 October 2005, the Court decided that disregarding a company's legal personality as per the question of the shareholder being a victim will be justified only in exceptional circumstances, such as where it is clearly established that it is impossible for the company to apply to the Court through the organs set up under its Articles of Incorporation or — in the event of liquidation or bankruptcy — through the liquidators or trustee in bankruptcy.

In sum, the finding by the Court that Mr. Diallo's direct rights as *associé* have not been violated by the DRC authorities, should not have been adopted by the Court for a number of cogent reasons. First, the clear causal link which existed between the DRC authorities actions culminating in Mr. Diallo's incarceration and eventual expulsion and the resultant loss of his rights of ownership in his companies amounted to an undeclared expropriation. Secondly, the finding is based on a narrow and unwarranted reading of *Barcelona Traction*, which is in any case distinguishable from the present case, in that *Barcelona Traction* contemplated a triangular relationship while in the present case, the State of nationality of the companies (the DRC) was the same State accused of wrongdoing.

Thirdly, we believe that this case sets a dangerous precedent for foreign investors unprotected by bilateral investment treaties. The low standard of protection outside BITs is in stark contrast to the wide reach of modern foreign investment law, which goes far beyond what Guinea had asked for in the present case. The Court missed a chance to do justice to Mr. Diallo, and at the same time, to bring the standard of protection of customary international law up to the standard of modern investment law.

(Signed) Awn Shawkat AL-KHASAWNEH.

(Signed) Abdulqawi Ahmed YUSUF.

---

actionnaires ou entre les actionnaires et le conseil d'administration quant à la réalité des atteintes aux droits protégés par la convention ou quant à la réaction qu'elles appelaient (voir *Ankarcrona c. Suède* (déc.), n° 35178/97, 27 juin 2000; *Dyrwold c. Suède*, n° 12259/86, décision de la commission du 7 septembre 1990). Plus récemment, dans l'affaire *Nosov c. Russie* (déc.), n° 30877/02, 20 octobre 2005, la Cour a estimé que, en ce qui concerne la question de savoir si un actionnaire pouvait ou non être considéré comme victime, seules des circonstances exceptionnelles justifiaient de ne pas tenir compte de la qualité de personne morale d'une société — dès lors, par exemple, qu'il était clairement établi que celle-ci était dans l'impossibilité de saisir la Cour par l'intermédiaire des organes établis en vertu de ses statuts ou, dans le cas d'une liquidation ou d'une faillite, des liquidateurs ou du syndic de faillite.

En résumé, plusieurs raisons impérieuses commandaient à la Cour de ne pas faire sienne la conclusion selon laquelle les droits propres de M. Diallo en tant qu'associé n'ont pas été violés par les autorités de la RDC. Premièrement, les mesures des autorités de la RDC ayant abouti à l'incarcération puis à l'expulsion de M. Diallo et la perte des droits de propriété de l'intéressé dans ses sociétés qui s'en est suivie étaient, en raison du lien de causalité qui existait clairement entre elles, constitutives d'une expropriation non déclarée. Deuxièmement, la conclusion de la Cour repose sur une interprétation étroite et infondée de l'arrêt rendu en l'affaire de la *Barcelona Traction*, laquelle se distingue en tout état de cause de la présente espèce, en ce que celle-là portait sur une relation triangulaire tandis que, dans celle-ci, l'Etat national des sociétés (la RDC) était l'Etat accusé d'avoir commis un acte illicite.

Troisièmement, cette affaire constitue selon nous un dangereux précédent pour les investisseurs étrangers non protégés par des traités bilatéraux d'investissement. La faiblesse de la norme de protection, hors du cadre de ce type de traités, contraste nettement avec le champ d'application du droit moderne de l'investissement étranger, qui va bien au-delà de ce que la Guinée a demandé en la présente affaire. La Cour a ainsi manqué une occasion de rendre justice à M. Diallo et d'aligner la norme de protection existant en droit international coutumier sur celle qui est en vigueur dans le droit moderne des investissements.

(Signé) Awn Shawkat AL-KHASAWNEH.

(Signé) Abdulqawi Ahmed YUSUF.