

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

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

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

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

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

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

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

DISSENTING OPINION OF JUDGE *AD HOC* MAHIU

[Translation]

*Human rights violations — Arrest and detention of 1988-1989 — Admissibility of the claim — New claim — Late claim — Claim implicit in the Application — Claim arising out of the subject-matter of the Application — Jurisprudence of the Court.*

*Congolese company law and the specific characteristics of the companies in which Mr. Diallo is the sole shareholder — Mr. Diallo's rights and rights of the companies — Mr. Diallo's direct rights as associé — Rights of the associé in the management and operation of the companies — Right to take part in general meetings — Rights of the associé relating to the gérance — Right of oversight and control — Right to liquidate the companies and right to the remaining assets — Issue of indirect expropriation — Right to reparation.*

While subscribing to many of the conclusions reached by the Court in the present case, I nevertheless remain unconvinced by both the conclusions adopted and the reasoning relied on to justify them in respect of the two most important points, those concerning, first, the admissibility of the claim relating to Mr. Diallo's arrest and detention in 1988-1989 and, second, the violation of Mr. Diallo's rights as *associé* in Africom-Zaire and Africontainers-Zaire. My reasons for being unable to join the Court on these points therefore call for an explanation.

1. ADMISSIBILITY OF THE CLAIM RELATING TO MR. DIALLO'S ARREST AND DETENTION IN 1988-1989

After considering the question of the admissibility of Guinea's claim relating to Mr. Diallo's arrest and detention in 1988-1989, the Court takes the view that it is a new claim which does not satisfy the conditions required for it to be included in the proceedings instituted in 1998; the Court concludes that the claim is inadmissible because it was raised late (paragraph 47 of the Judgment). I cannot subscribe to that finding and remain unconvinced by the reasoning on which it is based, because it relies on a very rigid interpretation and overly formalistic application of the Court's jurisprudence.

It is true that the facts concerning the arrest and detention of 1988-1989 are not referred to or described in the Application instituting proceedings of 28 December 1998, or in the document annexed thereto; they are only formally introduced for the first time in the Observations of the Republic of Guinea (hereinafter "Guinea") of 7 July 2003 on the preliminary objections raised by the Democratic Republic of the Congo (here-

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

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

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

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

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

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

inafter the “DRC”). Those same facts are subsequently reiterated in much greater detail in Guinea’s Reply of 19 November 2008, which states, moreover, that they “inarguably figure among the wrongful acts for which Guinea is seeking to have the Respondent held internationally responsible”. Therefore, they constitute an additional claim, and it must be determined whether or not such a claim could be entertained by the Court.

As we know, under the Court’s jurisprudence all new claims are not *ipso facto* inadmissible, since “the mere fact that a claim is new is not in itself decisive for the issue of admissibility” (case concerning *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II)*, p. 695, para. 110); jurisprudence accepts a new claim as admissible if it satisfies either of the following two conditions:

- it is implicit in the Application (*Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 36); or
- it arises directly out of the question which is the subject-matter of the Application (*Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 203, para. 72; *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992*, p. 266, para. 67).

The rationale behind this two-prong test is quite simply the need to establish a sufficiently close link between the subject-matter of the dispute, as defined in the Application, and the additional claim, in order to ensure the sound administration of justice and to respect the rights of the other party to the case, as well as those of third States. The Court has already had occasion to state that it “cannot, in principle, allow a dispute brought before it by application to be transformed by amendments in the submissions into another dispute which is different in character” (*Société Commerciale de Belgique, Judgment, 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 78*, p. 173).

What are the content and subject-matter of the Application in the present case? In the above-mentioned Application of 28 December 1998, it is said in the following, very brief terms that Mr. Diallo was “unjustly imprisoned by the authorities of the Democratic Republic of the Congo . . . despoiled of his sizable investments, businesses, movable and immovable property and bank accounts, and then expelled from the country”.

It can be seen, therefore, that the Application gives a somewhat vague account of the imprisonment and despoilment suffered by Mr. Diallo, without referring to any specific act. In other words, the content and subject-matter of the initial Application *stricto sensu* are set out using broad and general terms which can cover any act of imprisonment or despoilment, without specifying a date. In addition, it is important to note that there is also no reference to the arrest and detention of 1995-1996, which are the only facts accepted in this Judgment of the Court as the basis for

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

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

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

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

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

Guinea's claim. If we confine ourselves to the Application *stricto sensu*, which, as the Court notes, contains "a succinct statement of the subject of the dispute" (paragraph 1 of the Judgment), there is no mention of either the events of 1988-1989 or those of 1995-1996 and therefore, at this stage, the two sets of events are on a par with one another from the point of view of procedure and their status.

It is true that the events of 1995-1996 are referred to and described in the document annexed to Guinea's Application, which sets out the facts underlying the dispute, the legal grounds and Guinea's claims, whereas the events of 1988-1989 are not, along with a number of other events which were only raised in the subsequent stages of the proceedings, and which were nonetheless accepted by the Court. The arrest, detention and expulsion of 1995-1996 are invoked because they form and illustrate the last — and ultimate — stage of a process which started at the end of the 1980s and continued until the expulsion in January 1996. The violations of Mr. Diallo's rights form part of a continuum of wrongful acts which occurred over this entire period, and there was hardly a need to list and detail each of these in the initial claim, since they would have to be described in the subsequent proceedings.

Thus, the facts relating to 1988-1989 did not transform the subject-matter of the dispute defined in the Application, and the question submitted to the Court for decision remains the same: was Mr. Diallo unjustly imprisoned and expelled by the DRC authorities, in violation of both the rules deriving from Congolese domestic law and the international rules binding on the DRC, following attempts to recover the debts owing to his companies?

Admittedly, there are certain apparent differences between the legal bases on which the imprisonment of 1988-1989 and that of 1995-1996 were carried out: as the Court notes, the first is purportedly based on a criminal investigation — which, incidentally, proved to be unfounded — whereas the second is formally based on an administrative procedure with a view to expulsion (paragraph 43 of the Judgment). However, as soon as we look beyond appearances and study the facts more closely, things take on a different light in terms both of the reason for the imprisonment and of the procedure adopted.

The real motive for both imprisonments is the same: to impede Mr. Diallo, or prevent him from recovering the debts which were owing to him by a certain number of Congolese State-owned organizations and businesses. With respect to his imprisonment, the evidence in the record clearly shows that the first arrest took place on the order of the First Zairean State Commissioner (Prime Minister), as confirmed by a letter dated 4 July 1988, sent to the President of the Zairean Judicial Council and signed by the First State Commissioner (a letter relied on by both Parties and appearing at Annex 15 of Guinea's Observations on the Preliminary Objections, dated 7 July 2003). The arrests in 1995-1996 were also ordered by the executive power, for the purposes of implementing

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

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

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

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

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

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

an expulsion decree prepared by the Prime Minister. Thus, it is clear that Mr. Diallo's first detention, like his second, was in fact part of administrative rather than criminal proceedings: both were ordered by an executive power overstepping its authority, the only other occasional involvement being on the part of the prosecutor, who, as we know, is under the direct authority of the executive power.

In substance or materially, there is very little difference between the two situations: both involve the same person, who, for the same reasons and at distinct times, finds himself the victim of arbitrary arrests and detentions ordered by a First State Commissioner or Prime Minister. Accordingly, Guinea's claim relating to the imprisonment of 1988-1989 has sufficiently close links to the principal claim and, far from modifying the subject-matter of the Application, simply completes the chronological chain of violations of Mr. Diallo's rights. For that reason, it satisfies the conditions for it to be declared admissible.

Consequently, and to paraphrase what was said by the Court in the case concerning *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea*, the claim relating to the detention of 1988-1989 is implicit in the question which is the subject-matter of Guinea's Application, that is, the strategy of arbitrary imprisonment used by the Respondent against Mr. Diallo, and the violation of his human rights as a direct result of that strategy. The facts relating to 1988-1989 clearly did not transform the nature of the dispute submitted to the Court.

It is regrettable that in this case the Court departed from its established jurisprudence relating to new claims, which has attached less importance to formal requirements. For example, in the case concerning the *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, in which Costa Rica failed to include in its Application its claim relating to fishing — only raising this later in its Memorial — the Court considered that:

“given the relationship between the riparians and the river and the terms of the Application, there is a sufficiently close connection between the claim relating to subsistence fishing and the Application, in which Costa Rica, in addition to the 1858 Treaty, invoked ‘other applicable rules and principles of international law’” (*Judgment, I.C.J. Reports 2009*, p. 264, para. 137).

In my view, the link between the arrest of 1988-1989 and the arrest of 1995-1996 is as close as, and even closer than, the link between fishing and navigational rights. Guinea's claim relating to the detention of 1988-1989, although new, does not seem to contradict the procedural rules governing the Court or the interpretation that the Court gives to those rules in the decision cited above. Therefore, Guinea's claim relating to the unlawfulness of Mr. Diallo's arrest and detention in 1988-1989 is merely an addition to the material facts and the continuum of unlawful acts of which the Respondent is accused, and the Court should have



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

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

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

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

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

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

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

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

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

taken that continuum and those facts into consideration. Since this was not the case, I had no choice but to vote against point 5 of the operative part of the Judgment.

## 2. MR. DIALLO'S DIRECT RIGHTS AS ASSOCIÉ IN AFRICOM-ZAIRE AND AFRICONTAINERS-ZAIRE

### 2.1. *The Nature and Extent of the Stake Held and Managed by Mr. Diallo in the Two Companies*

It is first necessary to recall the nature and extent of the stake held and managed by Mr. Diallo in the two companies (Africom-Zaire, hereinafter "Africom", and Africontainers-Zaire, hereinafter "Africontainers"), in order to better understand the factual and legal implications of that situation.

Although the Articles of Incorporation of Africom, which was founded in 1974, have not been produced by either the Applicant or the Respondent, its legal existence is evidenced by a number of other documents, in particular the Articles of Incorporation of the second company founded by Mr. Diallo, Africontainers. In fact, it is the notarial act of 18 September 1979 on the Articles of Incorporation of Africontainers (Memorial of Guinea, Ann. 1) which shows that this new company was initially founded with three *associés*: two physical persons (Mr. Kibeti Zala of Guinean nationality and Mrs. Dewast of French nationality) and one legal person, Africom, of which it is stated that:

- it is entered in the Kinshasa Register of Companies under No. 80,427;
- it has its administrative seat at the address given;
- and, finally, it is represented by its *gérant*, Mr. Diallo, of Guinean nationality.

That same document states that Africom holds 30 per cent of Africontainers' *parts sociales*.

It is thus through this notarial act of 18 September 1979 that we have some information regarding Africom in the present case and confirmation of its status as a *société privée à responsabilité limitée* in accordance with Congolese law.

It is by means of another notarial act concerning Africontainers of 18 April 1980 that we learn of a substantial change in the share capital distribution of this company, with Africom and Mr. Diallo becoming its sole shareholders. From this date, Africontainers has only two *associés*: a legal person, Africom, holder of 60 per cent of the *parts sociales*; and a physical person, Mr. Diallo, holder of the remaining 40 per cent. Mr. Diallo is also appointed *gérant* of Africontainers in place of its previous *gérant*, Mr. David, of French nationality.

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

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

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

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

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

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

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

As for Africom's activities, evidence of those through the 1980s is provided by orders, correspondence with several public and private Congolese business partners in the period 1983 to 1996 concerning unpaid debts, in particular, those of the Congolese State, and judicial decisions relating to various disputes.

In the absence of Africom's Articles of Incorporation, it emerges from the notarial acts referred to above that Africom would have had the status of a *société privée à responsabilité limitée* under Congolese law. In practice, however, it would appear to have become a one-person company, inasmuch as Mr. Diallo was apparently the sole *associé*.

Africontainers — which was founded as a classic *société à responsabilité limitée*, with three *associés* — evolved into a company with two *associés* which also appears to be a one-person company, since the division of its shares is essentially a fiction. The fact is that, besides Mr. Diallo, who holds 40 per cent of the shares, the other majority shareholder is Africom, which is itself represented by Mr. Diallo alone. This means that he is ultimately the one and only *associé* of both the companies involved in the present case: Africom and Africontainers. The end result is that, while in strictly legal and formal terms, Mr. Diallo is not the only legal *associé* in Africontainers, he does in practice become so, because there is only one reality behind the other legal *associé* (Africom): Mr. Diallo. This is, furthermore, what the Court states in paragraph 114 of the Judgment, observing that “Mr. Diallo was, both as *gérant* and *associé* of the two companies, fully in charge and in control of them”.

There is such interpenetration or osmosis between Mr. Diallo and his two companies, in both fact and in law, that it is very difficult to separate them, and this situation undoubtedly has a bearing on the attempts to establish Mr. Diallo's direct rights for the purpose of settling this dispute. There are two possible solutions:

- either we remove the corporate veil to consider the economic and social reality and accept that Mr. Diallo actually holds all the *parts sociales* as an individual and, for that reason, the damage inflicted on that holding as a whole necessarily affects his direct rights in one way or another;
- or we maintain the illusion and fiction of a distinction between the *parts sociales* belonging to Africom and those belonging to Mr. Diallo as an individual; even in this case, Mr. Diallo's *parts sociales* represent a corpus of direct rights, which he is entitled to assert if they have been infringed by the actions and omissions of the Congolese authorities.

## 2.2. *The Value of Mr. Diallo's Parts Sociales*

The value of Mr. Diallo's *parts sociales* clearly depends on the business activity of the two companies in which he is ultimately the sole share-

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

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

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

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

holder. The two Parties' accounts of that activity are as incompatible as they are improbable. The business situation was neither as thriving as the Applicant claims, nor in a state of bankruptcy, as the Respondent alleges. A close analysis of the Parties' arguments reveals that the disparity in their assessments of the situation is in part due to the fact that often the Parties are referring to different periods in the lifetimes of these two companies: the Applicant focuses on the decade of the 1980s and the start of the 1990s, during which time there was clearly genuine and significant business activity; whereas the Respondent focuses on the mid-1990s, when business activity had undoubtedly declined for a variety of reasons, linked as much to the shrinking of the Congolese economy as to the difficulties and refusals encountered by the two companies when they tried to recover the debts owed to them by taking their case to the relevant authorities and to the competent courts.

Furthermore, the documents which have been produced do not give anywhere near the level of information that is required for a truly satisfactory assessment of business activity. Mr. Diallo's expulsion has clearly prevented him from having access to the relevant accounting documents, and the Applicant has only been able to supply a limited number of documents that allow a very approximate assessment of the two companies' activities. Although these documents do not provide an adequate basis for a precise valuation of all the companies' assets and of the debts owed to them by various operators (the Congolese administration and Congolese public companies: Gécamines, Zaire Fina, PLZ and Zaire Shell) — which they were trying to recover — they do, however, provide a basis for a partial evaluation of those assets. Account should also be taken of the refusals of the various Congolese debtors to honour the debts owed to the companies, and of the interference from the Congolese authorities to prevent or defer their recovery; a huge amount of energy was required over the years from the manager of the two companies in order to overcome the obstacles caused by those actions, and it is evident that this had an adverse effect on the two companies' business activities.

The Respondent rejects most of the assessments which have been produced of the debts owed by the public operators, but its rejections are merely assertions, which are very rarely backed up with evidence; it goes no further than to claim that there is no reliable basis for the amounts, that they are exaggerated or fanciful, even when they have been acknowledged by the authorities in question or confirmed by the Congolese courts. While it is possible that some of the estimates are questionable or difficult to believe, further solid and persuasive information should have been produced in support of the claims, which are presented merely as allegations without any compelling evidence.

It is clear from the written pleadings and oral arguments of the Parties that Africom and Africontainers have ceased their activities, but the Parties disagree on the dates of that cessation and on whether these companies are still in existence. From the information produced to date, it is

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

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

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

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

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

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

as difficult to determine the exact date of the cessation of business activities as it is to work out the exact legal situation of the two companies.

As far as the activities of the two companies are concerned, they experienced — like others operating in Zaire — the consequences of the serious political, economic and monetary difficulties which affected the country at the start of the 1990s and which were the subject of an alarming report by the Congo Central Bank (Counter-Memorial of the DRC, Ann. 2); that there was a decline in their activities is therefore not unusual, and it is understandable that such circumstances, linked to the general economic conditions, are not normally attributable to the authorities, as the Permanent Court of International Justice stated in the *Oscar Chinn* case (*Judgment, 1934, P.C.I.J., Series A/B, No. 63*, p. 88). The fact remains that these difficulties were bound to have been aggravated to an unparalleled extent by Mr. Diallo's expulsion at that critical time, which resulted in the destabilization of the two companies; since that destabilization has continued ever since, it is clear that no company can truly continue to exist after a period of inactivity of almost 15 years. All the more so since both companies are directly and intimately linked to the person of Mr. Diallo, who is both their sole *associé* and only *gérant*. Therein lies the special and distinctive nature of the present case, which precludes us from dealing with it in the same way as other cases previously brought before the Court, such as the *Barcelona Traction* case or the case concerning *Elettronica Sicula*. I will come back to this special nature and the consequences deriving from it in due course.

As far as legal existence is concerned, this can, of course, persist; however, as we shall also see in due course, it is unrealistic to insist on a formal act and to claim that the two companies continue to exist as long as their legal demise has not been recorded in proper legal form, that is to say, through their official dissolution and complete liquidation. A *de facto* situation may lead to consequences which constitute a sort of legal demise, even if the latter is not recorded by a formal act.

### 2.3. *Mr. Diallo's Rights as Associé in the Management and Operation of His Companies*

Mr. Diallo's expulsion cannot have been without effect on the rights he holds or their exercise, as the only *associé* able to manage and operate the two companies. That is clear from both the legal and factual elements surrounding his right to convene, take part in and vote at any general meeting.

First, in respect of the right to convene general meetings, a single point of law opposes the two Parties: whether this right belongs solely to the company, as the Respondent claims, or whether it is also a right of the *associés*. Reference should therefore be made to Congolese law and more



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

specifically to the provisions of Article 83 of the Decree of 27 February 1887, which states:

“The management and the auditors, if any, may convene a general meeting at any time.

They must convene a general meeting at the request of *associés* holding one fifth of the total number of shares.

If the management takes no action on this request within a reasonable time, the meeting may be ordered by the court.”

In the light of Article 83, it becomes clear that, while the decision to convene a general meeting is incumbent upon the *gérant* and the auditors (para. 1), shareholders also have the right to request that a general meeting be convened if they hold a fifth of the total number of shares (para. 2). Such a request translates into an obligation for the *gérant* and the auditors, who are required to act upon it.

In this case, given that Mr. Diallo, if not the sole *associé*, personally holds more than a fifth of the total number of shares, he has the right to convene a general meeting. Furthermore, since he is in fact the sole shareholder, that right becomes a sort of monopoly, the violation of which produces a right of action, as the Court pointed out in the *Barcelona Traction* case:

“It is well known that there are rights which municipal law confers upon the [shareholders] 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.” (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 36, para. 47.*)

I would note that the list given by the Court concerns the most obvious rights and that it is not exhaustive; this is confirmed by the International Law Commission in the commentary on Article 12 of its draft Articles on Diplomatic Protection of 2006, in which it makes reference to the Court’s position, stating that it is left to courts to determine, on the facts of individual cases, the limits of such rights, but that care should be taken to draw clear lines between shareholders’ rights and corporate rights, particularly in respect of the right to participate in the management of corporations (Report of the International Law Commission, 2006, p. 68).

As regards the right to attend and vote at general meetings, Mr. Diallo’s expulsion surely makes his attendance impossible. Although he has the option of appointing a proxy to represent him, this solution does not preclude a violation of his right to attend in person.

In the Judgment, the Court states that, although Mr. Diallo has been

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

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

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

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

prevented from taking part in person in any general meeting, because of his expulsion, he has not been prevented from taking action to convene a general meeting (paragraph 121), or from being represented at a general meeting by a proxy (paragraph 123), and it concludes from this that the expulsion did not therefore infringe his rights as *associé*. Thus, while acknowledging that Mr. Diallo has been hindered, the Court takes the view that such hindrance “does not amount to a deprivation of his right to take part and vote in general meetings” (paragraph 126 of the Judgment). The Court further asserts that the fact that no general meeting has been convened, nor any attempt made to convene one, confirms that there has been no deprivation of this right. The paragraphs of the Judgment on this point, as on certain other points, contain a series of formal and abstract deductions which fail to take account of the reality of events and lack conviction.

Moreover, the Court recognizes that the situation in relation to Mr. Diallo’s rights is highly unusual, and it attempts to explain this in general and succinct terms in paragraph 115, stating that, while it may appear artificial, it is brought about by the distinction which has to be made and which must be strictly maintained between the rights of the shareholder and the rights of the companies, in accordance with the jurisprudence of the *Barcelona Traction* case and the Judgment of 24 May 2007 on the preliminary objections in this case.

It is difficult to endorse such an approach, and in particular the conclusion, according to which the protection of a right is guaranteed only if its exercise is completely precluded, not infringed. If we opt for a strictly literal and formalistic analysis of the texts, that reasoning appears to be perfectly logical. But it is a reasoning based on a social model which presumes the existence of several shareholders, or at least more than one, so that the impeded shareholder can take action to ensure that the general meeting is convened and takes place. Such a model, however, cannot simply be transposed and applied in a mechanical fashion to the present situation, which involves small companies that have become *de facto* one-person businesses.

The two companies at issue in the present case are not multinational businesses with subsidiaries or branches; they do not have multiple executives to whom the management and decision-making powers can be entrusted so as to ensure their smooth running. They are companies of originally two or three *associés* working with a very small number of people for ancillary operations, and directly managed and controlled by one person: Mr. Diallo. In addition, these companies operate exclusively in an African country where it is known that the size of the personal network determines the success of a business. Consequently, this means that any hindrance affecting the sole executive and manager of the two companies — and *a fortiori* any preclusion of activity — has a direct and devastating effect on their operation and places them in a precarious situation, which the Respondent itself describes as quasi-bankruptcy. In the present case, it also means that to convene and hold a general

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

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

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

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

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

meeting without Mr. Diallo not only seems somewhat unusual, but quite inconceivable.

To fully understand this, let us imagine the abstract and formal scenario in which Mr. Diallo would convene an Africontainers general meeting, from Guinea, and how those events would unfold. He would send one notice of meeting to Mr. Diallo — that is, to himself — as an *associé* of the company, and another to the second *associé*, Africom, whose only executive is none other than Mr. Diallo. He would therefore simultaneously send and receive two notices of meeting, which he is unable to honour in person, because he is forbidden from entering Congolese territory. It is difficult to accept that such a situation is normal; rather, it should be acknowledged that there is a somewhat surreal aspect to this scenario, which nevertheless seems to be endorsed by the argument and reasoning advanced in this Judgment.

Although it is theoretically possible to appoint two proxies, one for Africom and the other for himself, the fact still remains that there has been a clear breach of Mr. Diallo's right to perform in person all the acts which a shareholder, and *a fortiori* a *gérant*, are entitled to perform. Furthermore, supposing still that a general meeting were to be convened and held without Mr. Diallo, we may ask ourselves how two mere proxies would be able to deliberate on the activities of two companies about whose operation and management they are largely ignorant, since these are directly and intimately linked to the individual actions of the person who is not permitted to attend the meeting. Moreover, reasonably, it is difficult to imagine how the two companies can operate normally when their only shareholder finds himself stripped of all his rights and dependent solely on proxies. Finally, under these circumstances it is somewhat strange to say the least to assert that Mr. Diallo has not been precluded from exercising his rights as *associé*.

#### 2.4. Mr. Diallo's Rights relating to the Management of the Companies

According to Article 65 of the 1887 Decree, “[g]érants shall be appointed either in the instrument of incorporation or by the general meeting”. Strictly speaking, the act of appointing a *gérant* is neither a right of the company nor an absolutely individual right; it is a collective act, a concept whose definition, characterization and situation in the legal process has given rise to debates within the doctrine of civil law (Cf. G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, Paris, LGDJ, 1961, and A.-L. Pastré-Boyer, *L'acte juridique collectif en droit privé français. Contribution à la classification des actes juridiques*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006). It is an action taken by a group of persons, who may or may not have legal personality and, in the case of Afri-

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

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

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

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

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

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

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

containers, the *gérant* would normally be appointed by the *associés* in general meeting, with each of them participating in the vote; although the act of appointment is a collective one, participation in the vote is very much an individual right of each *associé*, the violation of which may give rise to redress, as I have indicated above.

In any event, in the present case, as Mr. Diallo has become the sole shareholder in the two companies, the collective right has in practice become an individual right. However, he was precluded from exercising that right, i.e., his right to participate in the vote in person, by his expulsion, while the option of being represented by a proxy poses the problems discussed above. By depriving Mr. Diallo of the right to participate in person, there was indisputably a direct infringement of his right as *associé* to participate in any collective appointment of a *gérant*, who could be Mr. Diallo himself.

Preventing Mr. Diallo from being physically present at the company's administrative seat and the place where the general meetings are held is also an infringement of his right to be a candidate for the post of *gérant* and, *a fortiori* and more importantly, to act as *gérant*.

It seems that, at one point, a Mr. N'Kanza was charged with carrying out certain functions on behalf of Africontainers. However, there is much uncertainty surrounding both the way in which he was appointed and the exact role assigned to him. The only document produced relating to his appointment is a mention of his name in a letter from an attorney dated 16 February 1996, even though the appointment of the *gérant* is legally (Article 65 of the 1887 Decree) and statutorily (Article 14 of Africontainers' Articles of Incorporation) incumbent on the general meeting of the company. The general meeting appointed Mr. David as *gérant* at the constitutive meeting of 18 September 1979; later, an extraordinary general meeting of 18 April 1980 replaced Mr. David with Mr. Diallo, who continues to hold that role, since he was appointed for an indefinite period and has never been replaced.

No serious evidence has been submitted in support of the claim that a *gérant* was properly appointed. The person presented as such, Mr. N'Kanza, undoubtedly represented Mr. Diallo, who was absent from the Congo against his will, for a certain time for some very limited purposes, but that by no means makes him *gérant* of Africontainers in the legal and statutory sense. At most, it could perhaps be argued that he possibly held the role partially and provisionally because of the absence of the legal and statutory *gérant*, an absence caused by the Congolese authorities.

### 2.5. *Mr. Diallo's Right to Oversee and Control*

Does the right to oversee and control belong to the *associés*, or is their role confined to appointing statutory auditors [*commissaires*], who alone are empowered to oversee and control? The answer to this question can



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

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

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

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

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

be found in the provisions of Article 71 of the 1887 Decree, which sets out two possibilities depending on the number of *associés*:

- if the number of *associés* is greater than five, the right belongs to the auditors appointed by the *associés* (Art. 71, paras. 1 and 2, and Art. 72);
- if the number of *associés* is fewer than five, the appointment of auditors is not compulsory and Article 71, paragraph 3, in particular, states that “each *associé* shall have the *powers* of an auditor” (emphasis added). In the present case, this second possibility applies, at least for Africontainers, which has only two *associés* (Africom, represented by Mr. Diallo, and Mr. Diallo himself). The law is sufficiently clear for it to be established, in this case, that the power to oversee and control is recognized as a power or right of the *associés*.

Nevertheless, one question may arise: does an *associé* who exercises this right to oversee and control become an organ of the company distinct from his position as *associé*, or does he still remain an *associé*? We know that a single person or a single organ may exercise two different functions, on the basis of the well-known principle of “role splitting” [*dédoulement fonctionnel*]. To take the example of a company which is obliged to appoint auditors, if an *associé* is appointed as an auditor, he will fall under the “role-splitting” heading, since he will exercise quite separately his rights as *associé* and his rights as auditor, the latter establishing him as an organ of the company. This scenario is therefore fairly easy to understand and explain.

It would be tempting to deduce that the same is true for a company which has not appointed auditors and in which each *associé* has the right to oversee and control, in addition to the rights he holds as *associé*. However, it would be wrong to draw that conclusion, because, according to the provisions of Article 71, paragraph 3, these two situations are not the same: Article 71, paragraph 3, does not say that each *associé* obtains the status of auditor, thereby becoming an organ of the company, as in the first scenario; it clearly states that each *associé* “[has] the powers” of an auditor. This is not simply a grammatical or lexical nuance, but a substantive difference which goes to the very heart of the status of *associé* and that of auditor:

- in one case, the *associé* is appointed as auditor, and this appointment therefore establishes him as an organ of the company in a status distinct from his status as *associé*; thus, to carry out the role fully, when acting as auditor he has to set aside his status as *associé* and put on his auditor’s hat, so to speak;
- in the other, there is no such distinction: the *associé* simply acquires, by operation of law, additional rights which allow him to oversee and

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

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

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

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

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

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

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

control the management of the company as *associé* by exercising those new rights; the notion of auditor is therefore subsumed into that of *associé*.

To sum up, we may also say that the first scenario involves a change in status and the establishment of a new organ, whereas the second only involves new rights being added to those of the *associé*. Further, in the present case, the fact that Mr. Diallo is ultimately the sole *associé* results in a somewhat unusual accumulation of roles, since he is at the same time *gérant* and auditor of Africontainers. This multiplicity of roles, far from rendering the consequences of the expulsion meaningless, invites us to make a distinction between, on the one hand, the rights of the *gérant* which are those of an organ of the company and therefore do not fall within Mr. Diallo's direct rights capable of being covered by diplomatic protection (Judgment of the Court of 24 May 2007), and, on the other, the rights of the *associé* to oversee and control, which are direct rights and covered by diplomatic protection.

#### 2.6. *Mr. Diallo's Right to Liquidate the Companies and to Realize Their Remaining Assets*

Under Article 99 of the above-mentioned 1887 Decree, it is the general meeting that decides to dissolve the company and to realize its remaining assets. This is another of the collective acts which I mentioned earlier, and to which the same analysis and the same conclusion may be applied. The decision to liquidate is taken by the *associés* at the general meeting, with each of them participating in the vote; participation in the vote is an individual right belonging to each *associé* and, consequently, its infringement may give rise to recourse against those responsible for that violation.

Mr. Diallo's expulsion did indeed affect the *gérant*, an organ of both companies, of whom it is alleged that his presence and conduct were threatening Zairean public order; through the same person, however, it affected not only the *gérant*, but also the *associé* overseeing and controlling the companies. Although his activities as *gérant* are tied to the companies and excluded from the scope of the present case by the Judgment of 24 May 2007, his other activities as *associé* constitute Mr. Diallo's direct rights, and he may assert those rights and request the implementation of ways and means to protect them, including diplomatic protection from Guinea.

#### 2.7. *The Issue of Indirect Expropriation and Its Consequences*

We know that through the decisions of several legal bodies (courts under the aegis of ICSID or the International Chamber of Commerce, the Iran-United States Tribunal, the Inter-American Court of Human Rights, the European Court of Human Rights, etc.), and through doctri-

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

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

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

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

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

nal studies (from an abundance of literature I cite here in particular: R. Dolzer, "Indirect Expropriation of Alien Property", *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 1986, p. 33; A. K. Hoffmann, "Indirect Expropriation", in A. Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008, p. 151; Y. Nouvel, "Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux", *RGDIP*, 2002, p. 79 and B. Stern, "In Search of the Frontiers of Indirect Expropriation", in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, 2007, 2008, p. 29), the rules of international law concerning expropriation have developed so as to embody, after a period of some controversy, the notion of indirect expropriation.

In the present case, each of the various measures taken against Mr. Diallo (breach of contract, interrogation and arrest, obstruction and refusal to pay debts, denial of justice, expulsion) does not individually constitute an expropriation measure. However, when taken together and topped off by the expulsion, they have had an equivalent effect, which allows us to speak of indirect expropriation. Mr. Diallo's property rights and, more specifically, his *parts sociales* were not directly affected by each of these measures, but they were jeopardized by the fact that their holder was materially and legally unable to carry out the necessary acts of management in order to safeguard them and, more importantly, to make them profitable. He became the proprietor of companies which have been turned into empty shells with the passing of time.

Having become the sole *associé*, whether directly or indirectly, and because the situation has led to the disappearance or quasi-disappearance of the companies, Mr. Diallo's personal assets have borne the brunt of the entire injury suffered by his companies. For this reason, there is a clear infringement of his rights as *associé* as they have been defined and within the limits imposed by the Court's Judgment on the preliminary objections of 24 May 2007. To this I would add that the disappearance or quasi-disappearance of the two companies prevents them from pursuing the appropriate remedies which would enable them to assert their rights. This raises an important question which merits further explanation.

The Court has already addressed the issue of the disappearance of a company in the *Barcelona Traction* case, where it listed a number of elements or criteria that had guided its reasoning. The present case offers the Court the opportunity to shed more light on its reasoning by further clarifying the elements and criteria put forward previously.

We know that, by a letter of 31 January 2007, the DRC informed the Court that Africom had ceased all its activities in the mid-1980s, which supposedly led to it being struck off the Trade Register (paragraph 22 of the Judgment of 24 May 2007). At the time, this was a new piece of information, which came to light after the close of the oral proceedings on the preliminary objections; it is likely to have a direct bearing on the question of diplomatic protection of *associés*, which would then be dealt with

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

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

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

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

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

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

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

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

in a different context from the narrower one that was adopted in the previous Judgment.

Indeed, the terms of the Respondent's letter confirmed the situation in practice not only of Africom, but also of Africontainers, since, as I have already noted, companies that have been inactive for almost 15 years (1996-2010) have in practice ceased to exist. That requires us to examine the nature of this disappearance, which creates a new situation in which it is no longer possible for one or both of the companies to assert their rights directly themselves, and thus to defend indirectly the rights and interests of their sole *associé*. The fact that no further action is possible through the company would deprive the sole *associé* of any remedy, if he were denied diplomatic protection by Guinea; we would be faced with an outcome which is not only contrary to fairness, but also to the fundamental principles governing due process and human rights. This problem has been a concern for the Court, the doctrine and the International Law Commission and it is useful to recall it briefly in order to understand its significance.

In the *Barcelona Traction* case, the Court recalled a first exception to the classic rule of diplomatic protection in paragraph 64, in which it states that:

“The Court will now consider whether there might not be, in the present case, other special circumstances for which the general rule might not take effect. In this connection two particular situations must be studied: *the case of the company having ceased to exist* and the case of the company's national State lacking capacity to take action on its behalf.” (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 40, para. 64; emphasis added.)

It then analysed this situation in paragraphs 65 to 68. Although in that case the Court concluded that the company had not disappeared and that, on those grounds, invoking this exception would not be pertinent to the case, we can infer from the Court's reasoning that, if the disappearance had been established, there would be a situation in which the exception would be taken into consideration. Thus the Court clearly indicates in paragraph 66 of the Judgment that:

“in the event of the legal demise of the company . . . the shareholders [are] deprived of the possibility of a remedy available through the company; it is only if they became deprived of all such possibility that an independent right of action for them and their government could arise” (*ibid.*, p. 41, para. 66).

In his separate opinion appended to the Judgment, Judge Fitzmaurice clearly identified the problem when he evoked a situation whereby a company is:

“incapable *de facto* of protecting its interests and hence those of the



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

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

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

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

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

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

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

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 . . . The efficacy of the corporate entity and its capability of useful action has 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." (*I.C.J. Reports 1970*, separate opinion of Judge Fitzmaurice, p. 72, para. 14; footnote not included.)

In so far as it is confirmed in the present case that one or both of the companies have disappeared, we have the situation of the first exception considered by the Court, which opens the way to diplomatic protection. This viewpoint, widely accepted within the doctrine, is also taken up in the draft Articles adopted by the International Law Commission in 2006 as a first exception to the general rule of diplomatic protection, drawing on the Court's position. According to Article 11 of the draft Articles:

"The State of nationality of shareholders in a corporation shall not be entitled to exercise diplomatic protection in respect of such shareholders in the case of an injury to the corporation unless:

- (a) the corporation has ceased to exist according to the law of the State of incorporation for a reason unrelated to the injury."

In the present case, it does indeed seem as though we are dealing with such a situation, and even though many of the details remain unclear, it would only be a matter of determining whether the companies have effectively ceased to exist, when and how. The fact remains that this situation should have been clarified by the Court.

Factually, the Parties are agreed that the companies have ceased to exist, because they have been inactive since their *gérant* was expelled. They disagree on the dates on which the companies effectively ceased to exist and, in particular, on the issue of their legal existence, this latter point requiring us to consider how things stand.

We know that in the *Barcelona Traction* case, the Court examined the issue of the disappearance of a company and indicated the reasoning to be followed in order to determine whether or not a company has ceased to exist, adopting an approach considered to be stricter than that which previously prevailed, as the International Law Commission recalled in its commentary on Article 11 (Report of the International Law Commission, 2006, p. 62). The Court's position is clear from paragraphs 65, 66 and 67 of the Judgment, the relevant excerpts of which state:

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

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

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

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

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

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

“65. . . . There can, however, be no question but that Barcelona Traction has lost all its assets in Spain, and was placed in receivership in Canada, a receiver and manager having been appointed. It is common ground that from the economic viewpoint the company has been entirely paralyzed. . . .

66. It cannot however, be contended that the corporate entity of the company has ceased to exist, or that it has lost its capacity to take corporate action. It was free to exercise such capacity in the Spanish courts and did in fact do so. It has not become incapable in law of defending its own rights and the interests of the shareholders. . . . Only in the event of the legal demise of the company are the shareholders deprived of the possibility of a remedy available through the company; it is only if they became deprived of all such possibility that an independent right of action for them and their government could arise.

67. In the present case, Barcelona Traction is in receivership in the country of incorporation. Far from implying the demise of the entity or of its rights, this much rather denotes that those rights are preserved for so long as no liquidation has ensued. Though in receivership, the company continues to exist. Moreover, it is a matter of public record that the company’s shares were quoted on the stock-market at a recent date.” (*I.C.J. Reports 1970*, pp. 40-41.)

How do these criteria apply to the present case? A side-by-side comparison of Barcelona Traction’s situation and that of Mr. Diallo’s companies is sufficient for the following conclusions to emerge quite clearly:

- firstly, although Barcelona Traction had ceased to exist in the place of its activity (Spain), it had not ceased to exist in the place of its constitution (Canada); Mr. Diallo’s two companies, on the other hand, have ceased to exist *de facto* in the single place of their activity and constitution (DRC), because of the actions of the Congolese authorities;
- secondly, Barcelona Traction had not become incapable in law of defending its own rights and the interests of its shareholders, and the receiver appointed by the Canadian courts was able to take all appropriate remedies; according to the evidence, however, both Mr. Diallo’s companies have become incapable of defending themselves, because the Congolese authorities have made it impossible for their *gérant* to take action, materially or legally.

On the basis of all these elements of fact and law, and contrary to the situation in the *Barcelona Traction* case (para. 68 of the 1970 Judgment), in the present case the conditions seem to have been met to allow Guinea to exercise its diplomatic protection on behalf of the *associé*, Mr. Diallo, now the sole holder of shares in the companies (the corporate veil having disappeared), while at the same time abiding by the Judgment of 24 May 2007 on the preliminary objections.

### 3. LE DROIT À RÉPARATION

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

*(Signé)* Ahmed MAHIU.

---

## 3. THE RIGHT TO REPARATION

Naturally, I agree with the Court's findings on the human rights violations suffered by Mr. Diallo and the need for compensation in accordance with the conditions stated in the operative part of the Judgment; however, I believe that the Court could have reached the same conclusions on the identical violations which took place in the period prior to 1995-1996. On the other hand, for the reasons set out above, which show that Mr. Diallo has been the victim of material and moral injury as a result of the various violations of his human rights, as well as of his rights as *associé*, I cannot subscribe to the Court's very restrictive finding which excludes any violation of Mr. Diallo's rights as *associé* and thereby precludes any reparation under that head.

(Signed) Ahmed MAHIU.

---