

DÉCLARATION DE M. LE JUGE *AD HOC* MAHIOU

1. Pour répondre aux exceptions préliminaires invoquées par la RDC tendant à soutenir que la requête guinéenne serait irrecevable, la Cour commence par identifier les trois catégories de droits dont la Guinée veut assurer la protection en recourant à la protection diplomatique et qui sont les suivants: ceux de M. Diallo en tant qu'individu, ses droits propres d'associé dans les deux sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre et, enfin, les droits desdites sociétés. S'agissant, d'une part, de l'atteinte aux droits personnels de M. Diallo, résultant notamment de son arrestation et de son expulsion ainsi que des mauvais traitements subis et, d'autre part, de l'atteinte à ses droits propres d'associé, je souscris pleinement aux conclusions de la Cour selon lesquelles la Guinée a qualité pour agir, qu'elle a satisfait à la règle de l'épuisement des recours internes et qu'elle peut donc prendre fait et cause en faveur de son ressortissant pour la protection de ces deux catégories de droits.

2. J'ajouterai cependant une brève observation concernant les droits propres d'associé de M. Diallo pour relever que la Cour a ainsi confirmé et explicité la position qu'elle avait prise précédemment dans l'affaire de la *Barcelona Traction*; en effet, dans l'arrêt du 15 février 1970, la Cour avait introduit une distinction entre les droits de la société et les droits propres des actionnaires en déclarant:

«La situation est différente si les actes incriminés sont dirigés contre les droits propres des actionnaires en tant que tels. Il est bien connu que le droit interne leur confère des droits distincts de ceux de la société... 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.)

Il y a donc un droit de recours propre reconnu en faveur de l'actionnaire, indépendamment de celui ouvert à la société; il en découle en même temps la possibilité de mise en œuvre de la protection diplomatique par l'Etat dont l'actionnaire est le ressortissant en cas d'atteinte à ses droits propres, quelle que soit la nationalité de la société en cause. Ce droit fait désormais partie des règles du droit international coutumier puisque tout Etat est en droit d'exercer sa protection diplomatique en cas de violation des droits de son ressortissant, et l'article 12 du projet d'articles de la Commission du droit international (CDI) sur la protection diplomatique, adopté en 2006, ne fait que confirmer cette règle en disposant ce qui suit:

DECLARATION OF JUDGE *AD HOC* MAHIU

[Translation]

1. In replying to the preliminary objections raised by the DRC seeking to assert that Guinea's Application is inadmissible, the Court begins by identifying the three categories of rights whose protection Guinea wishes to ensure by resorting to diplomatic protection and which are as follows: the rights of Mr. Diallo as an individual, his direct rights as *associé* in the two companies Africom-Zaire and Africontainers-Zaire and, lastly, the rights of those companies. As regards the prejudice to Mr. Diallo's personal rights arising among other things from his arrest and expulsion and also the mistreatment suffered and the prejudice to his direct rights as *associé*, I fully endorse the Court's conclusions that Guinea has standing, that it has satisfied the rule of the exhaustion of local remedies and that it can therefore take up the case of its national for the protection of these two categories of rights.

2. However, I shall add a brief comment on Mr. Diallo's direct rights as *associé* in order to point out that the Court has thus confirmed and clarified the position it had previously adopted in the *Barcelona Traction* case; indeed, in the Judgment of 15 February 1970, the Court introduced a distinction between the rights of the company and the direct rights of the shareholders by stating:

“The situation is different if the act complained of is aimed at the direct rights of the shareholder as such. It is well known that there are rights which municipal law confers upon the latter distinct from those of the company . . . 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.)

The shareholder's own right of recourse is thus recognized, independently of that of the company; this also means that it is possible for the State whose shareholder is a national to resort to diplomatic protection when that national has suffered prejudice to his direct rights, regardless of the nationality of the company concerned. This right now forms part of the rules of customary international law, since every State is entitled to exercise its diplomatic protection in the event of the violation of the rights of its national, and Article 12 of the draft Articles of the International Law Commission (ILC) on Diplomatic Protection, adopted in 2006, merely confirms this rule by stating that:

«Dans la mesure où un fait internationalement illicite d'un Etat porte directement atteinte aux droits des actionnaires en tant que tels, droits qui sont distincts de ceux de la société, l'Etat de nationalité desdits actionnaires est en droit d'exercer sa protection diplomatique à leur profit.» (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale*, doc. A/61/10, rapport de la Commission du droit international, cinquante-huitième session, supplément n° 10, p. 67.)

3. S'agissant des droits des sociétés dont M. Diallo est l'unique actionnaire et propriétaire, tout en souscrivant aux prémisses du raisonnement retenu par la Cour, je ne suis pas en mesure de souscrire à la conclusion à laquelle elle parvient. En effet, la Cour prend comme point de départ de son raisonnement la position adoptée à propos de ce problème dans l'affaire précitée de la *Barcelona Traction*; après avoir énoncé la solution de principe selon laquelle les droits d'une société ne peuvent être protégés que par l'Etat dont elle a la nationalité et non par l'Etat ou les Etats des actionnaires, la Cour évoque une éventuelle exception en disant ce qui suit:

«Certes on a soutenu que, pour des raisons d'équité, un Etat devrait pouvoir assumer dans certains cas la protection de ses ressortissants actionnaires d'une société victime d'une violation du droit international. Ainsi, une thèse s'est développée selon laquelle l'Etat des actionnaires aurait le droit d'exercer sa protection diplomatique lorsque l'Etat dont la responsabilité est en cause est l'Etat national de la société. Quelle que soit la validité de cette thèse, elle ne saurait aucunement être appliquée à la présente affaire, puisque l'Espagne n'est pas l'Etat national de la *Barcelona Traction*.» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 48, par. 92.)

4. Il s'agit donc d'une «thèse» que la Cour s'est limitée à évoquer, mais sans la discuter ni à fortiori la trancher, car les circonstances de l'affaire de la *Barcelona Traction* ne s'y prêtaient pas; en effet, on était en présence d'une relation triangulaire mettant en cause trois Etats: l'Espagne en tant que pays d'accueil de la société, le Canada en tant que pays de la nationalité de la société et la Belgique en tant que pays de la nationalité des actionnaires de la société. On sait qu'une autre occasion s'était présentée devant la Chambre de la Cour avec l'affaire *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie)* puisque, cette fois, on était bien en présence d'une société italienne dont les actionnaires américains se plaignaient de mesures prises par les autorités italiennes contre cette société. Toutefois, la Chambre de la Cour a statué et résolu le problème sans avoir eu à s'interroger sur le débat évoqué en 1970 et il est tout à fait frappant de constater que la Chambre a passé sous silence l'affaire de la *Barcelona Traction* tout au long de l'arrêt du 20 juillet 1989;

“To the extent that an internationally wrongful act of a State causes direct injury to the rights of shareholders as such, as distinct from those of the corporation itself, the State of nationality of any such shareholders is entitled to exercise diplomatic protection in respect of its nationals.” (United Nations, *Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10)*, Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-eighth Session, p. 66.)

3. As regards the rights of the companies of which Mr. Diallo is the sole shareholder and owner, while sharing the premises in the arguments adopted by the Court, I am unable to endorse the conclusion it reaches. Indeed, as the starting-point of its reasoning, the Court takes the position adopted on this problem in the *Barcelona Traction* case cited above; after setting out the solution of principle, according to which the rights of a company can only be protected by a State of its nationality and not by the State or States of the shareholders, the Court instances a possible exception by saying that:

“It is quite true that it has been maintained that, for reasons of equity, a State should be able, in certain cases, to take up the protection of its nationals, shareholders in a company which has been the victim of a violation of international law. Thus a theory has been developed to the effect that the State of the shareholders has a right of diplomatic protection when the State whose responsibility is invoked is the national State of the company. Whatever the validity of this theory may be, it is certainly not applicable to the present case, since Spain is not the national State of Barcelona Traction.” (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, *Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 48, para. 92.)

4. So this is a “theory” which the Court confined itself to instancing, but without discussing it or, *a fortiori*, taking a position on it, as the circumstances of the *Barcelona Traction* case did not lend themselves to that; indeed, there, it was a triangular relationship involving three States: Spain as the host country of the company, Canada as the country of nationality of the company and Belgium as the country of nationality of the company shareholders. We know that another occasion presented itself to the Chamber of the Court with the case concerning *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (*United States of America v. Italy*) since, this time, this was indeed an Italian company, whose American shareholders complained of measures taken by the Italian authorities against that company. However, the Chamber of the Court ruled upon and settled the problem without having to consider the discussion referred to in 1970, and it is most striking to note that the Chamber glossed over the *Barcelona Traction* case throughout the Judgment of 20 July 1989; the fact

ce silence peut paraître étonnant, même s'il est vrai qu'il peut s'expliquer par le fait que, d'une part, le problème n'a pas été posé clairement devant la Chambre par la Partie défenderesse, qui n'a pas soulevé la question du *jus standi* des Etats-Unis, et, d'autre part, la solution a trouvé son fondement dans le cadre des accords bilatéraux conclus entre l'Italie et les Etats-Unis en matière de protection des investissements, sans qu'il y ait lieu de s'interroger outre mesure sur d'autres aspects, notamment le point de savoir s'il y avait une règle de droit international coutumier pouvant justifier la protection des actionnaires dans un tel cas.

5. Voilà que la Cour est à nouveau invitée, avec la présente affaire, à se pencher sur le même problème pour compléter sa jurisprudence et apporter les clarifications utiles sur cette question de la protection diplomatique des actionnaires. Il est vrai que, entre-temps, la question a mûri en raison de l'apport de la doctrine, de la pratique des Etats, des conventions internationales bilatérales ou multilatérales, de la jurisprudence des tribunaux internationaux. Pour autant, la solution n'est pas encore claire et l'on aurait attendu de la Cour qu'elle tranche la question de savoir s'il existe une règle coutumière en la matière. La Cour n'a pas répondu à cette attente parce qu'elle constate qu'il n'y a pas d'éléments suffisamment convaincants pour tirer une conclusion claire et ferme; cette position est sans doute trop prudente, mais elle peut se comprendre dans la mesure où la Cour n'entend pas faire œuvre de législateur, surtout que la question est en débat devant les Etats depuis qu'ils sont saisis du projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique. Il incombe aux Etats d'indiquer la solution à retenir sur la base des propositions de la CDI et plus précisément de l'article 11 du projet précité qui dispose:

«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; ou
- b) si la société avait, à la date du préjudice, la nationalité de l'Etat qui est réputé en être responsable et si sa constitution dans cet Etat était une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans le même Etat.» (Rapport précité, p. 59.)

6. Si une telle solution est retenue, elle me semble tenir compte d'un équilibre entre la protection légitime des actionnaires et le souci de ne pas remettre en cause le régime classique de la protection diplomatique; elle s'efforce d'identifier les conditions permettant de faire prévaloir une exception dans ce régime sans cependant aboutir à une ingérence abusive dans les relations entre un Etat et des sociétés ayant sa nationalité et relevant normalement de sa pleine juridiction. Explicitant et développant le raisonnement esquissé par la Cour en 1970, la CDI pense qu'il y a une exception possible à condition que sa mise en œuvre soit subordonnée à des restrictions afin de ne pas ouvrir la voie à des réclamations excessives

that it failed to mention it may appear surprising, although it is true that this may be explained by the fact that, on the one hand, the problem was not set out clearly before the Chamber by the Respondent, which did not raise the question of the *jus standi* of the United States and, on the other hand, that the solution was based on the bilateral agreements concluded between Italy and the United States regarding the protection of investments, without there being any need to give particular consideration to other aspects, notably whether there was a rule of customary international law which might justify the protection of the shareholders in such a case.

5. Now the Court is once again asked in the present case to consider the same problem in order to complete its jurisprudence and provide useful clarifications on this question of the diplomatic protection of shareholders. Although it is true that the question has meanwhile matured owing to the additions to doctrine, the practice of States, bilateral or multilateral international conventions and the jurisprudence of international courts, the solution is not yet clear and one might have expected the Court to settle the question of whether there is a customary rule in this area. The Court has not met this expectation because it finds that there is a lack of sufficiently convincing elements to draw a clear and firm conclusion; this position is perhaps too prudent, but it is understandable in so far as the Court does not wish to act as legislator, above all because the question has been under discussion by States since they have had to consider the draft ILC Articles on Diplomatic Protection. It is for States to indicate the solution which should be adopted on the basis of the ILC proposals and more precisely of Article 11 of the above-mentioned draft, which states:

“A 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; or
- (b) The corporation had, at the date of injury, the nationality of the State alleged to be responsible for causing the injury, and incorporation in that State was required by it as a precondition for doing business there.” (*Op. cit.*, p. 59.)

6. Were such a solution to be adopted, it seems to me that it would allow for a balance between the legitimate protection of shareholders and the desire not to question the classical diplomatic protection régime; it seeks to identify the conditions making it possible to allow for an exception in this régime, yet without going as far as excessive interference in the relations between a State and companies of its nationality and normally falling entirely within its jurisdiction. Clarifying and developing the argument outlined by the Court in 1970, the ILC believes that there is a possible exception, provided that its implementation is subject to restrictions so as not to open the way to excessive or abusive claims likely to

ou abusives de nature à créer des désordres dans les relations économiques internationales; ces conditions sont au nombre de deux et tiennent respectivement à une exigence de nationalité et à une exigence statutaire.

7. D'une part, la société visée par le préjudice doit avoir la nationalité de l'Etat qui a pris les mesures préjudiciables; dans une telle situation, la protection diplomatique n'existe plus puisque :

- d'un côté, l'Etat national de la société ne va pas l'exercer contre lui-même, car on se trouve alors dans la situation décrite par le juge Tanaka en 1970 dans son opinion individuelle où «il est impossible, en fait comme en droit, de compter que l'Etat national de la société protégera les actionnaires» (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 134);
- et de l'autre, aucun autre Etat ne peut prendre fait et cause pour ladite société faute d'un lien de nationalité.

Dès lors, si l'on veut offrir aux actionnaires étrangers un minimum de protection, la seule issue possible est de leur reconnaître le bénéfice de la protection diplomatique de l'Etat dont ils ont la nationalité. Une telle solution, très controversée il y a quelques années, l'est moins aujourd'hui du fait de l'évolution à laquelle on a fait allusion et surtout du climat beaucoup plus favorable à l'encouragement des investissements étrangers.

8. D'autre part, la constitution de la société dans cet Etat est requise pour qu'elle puisse exercer ses activités; si la société n'a plus le choix pour l'implantation de son siège social, cette contrainte, qui empêche le jeu normal de la protection diplomatique en faveur de la société par un autre Etat, ne doit pas priver les actionnaires étrangers de celle-ci de toute protection; ceux-ci doivent pouvoir défendre leurs droits et donc bénéficier éventuellement du droit à la protection diplomatique de l'Etat dont ils sont les ressortissants. Il apparaît ainsi qu'il ne s'agit pas de défendre tout actionnaire de n'importe quelle société, mais de voir les circonstances dans lesquelles l'exception se justifie et où les conditions requises pour son invocation sont raisonnables et convaincantes; dans de telles circonstances et conditions, la protection des droits de l'actionnaire se justifie en tant que dernier recours, ainsi que le relève la Cour dans le paragraphe 88 de l'arrêt.

La Cour estime que la présente affaire relève de la seconde exception prévue à l'alinéa *b*) de l'article 11 du projet d'articles de la CDI que les commentaires de la Commission éclairent de façon succincte mais suffisante pour en justifier le fondement; elle déclare dans le paragraphe 88 de l'arrêt :

«La théorie de la protection diplomatique par substitution vise en effet à offrir une protection aux actionnaires étrangers d'une société qui ne pourraient pas invoquer le bénéfice d'un accord international, et auxquels aucun autre recours ne serait ouvert, dans la mesure où les actes prétendument illicites auraient été commis à l'encontre de la société par l'Etat de la nationalité de celle-ci.»

create upsets in international economic relations; there are two such conditions, stemming respectively from a requirement of nationality and a statutory requirement.

7. On the one hand, the company affected by the prejudice must have the nationality of the State having taken the prejudicial measures; in such a situation, there is no longer any diplomatic protection since:

- on the one hand, the national State of the company is not going to exercise it against itself, as one would then be in the situation described by Judge Tanaka in 1970 in his separate opinion, where he states that “the protection of the shareholders by the national State of the company cannot be expected, either factually or legally” (*I.C.J. Reports 1970*, p. 134);
- and on the other hand, no other State can espouse the cause of that company owing to the absence of a bond of nationality.

Consequently, if one wishes to offer foreign shareholders a minimum of protection, the only possible solution is to grant them the benefit of the diplomatic protection of the State of which they have the nationality. This solution, highly controversial a few years ago, is less so today owing to the development already referred to and above all the much more favourable climate towards the encouragement of foreign investment.

8. On the other hand, the incorporation of the company in that State must be required for it to be able to trade; if the company no longer has any choice regarding the siting of its registered office, that constraint, which prevents the normal operation of diplomatic protection of the company by another State, must not deprive foreign shareholders in that company of all protection; they must be able to defend their rights and thus, where appropriate, enjoy the right of diplomatic protection by the State of which they are nationals. It thus appears that it is not a matter of defending every shareholder in any company, but of seeing the circumstances in which the exception is justified and in which the conditions required for it to come into play are reasonable and convincing; in such circumstances and conditions, the protection of the shareholder’s rights is justified as a last resort, as pointed out by the Court in paragraph 88 of the Judgment.

The Court considers that the present case falls within the second exception laid down in Article 11 (*b*) of the draft ILC Articles, which the Commission’s commentaries succinctly but adequately explain in order to justify their basis; in paragraph 88 of the Judgment, the Court states:

“The theory of protection by substitution seeks indeed to offer protection to the foreign shareholders of a company who could not rely on the benefit of an international treaty and to whom no other remedy is available, the allegedly unlawful acts having been committed against the company by the State of its nationality.”

9. Cependant, tout en se référant à cette théorie de la protection diplomatique, la Cour considère qu'elle ne s'applique pas en l'espèce, rejoignant ainsi la solution de l'affaire de la *Barcelona Traction* mais sur un autre fondement. En effet, après avoir constaté que la première condition est satisfaite — puisque les deux sociétés en cause ont bien la nationalité de l'Etat congolais, auteur des actes illicites —, elle estime que la seconde condition n'est pas satisfaite, puisque cette nationalité résulte d'un libre choix de leur propriétaire et non d'une exigence du droit local pour que la protection diplomatique puisse être invoquée. Certes, le choix de la nationalité congolaise a été fait par M. Diallo, mais il apparaît hâtif et contestable de conclure que c'est un libre choix comme le fait la Cour dans les paragraphes 92 et 93 de l'arrêt.

10. La liberté de choix est plus une apparence qu'une réalité lorsque l'on analyse le droit congolais. Selon l'ordonnance-loi n° 66-341 du 7 juin 1966, toute entreprise dont l'activité principale se situe au Congo était tenue d'avoir son siège administratif et social dans ce pays. Bien que l'ordonnance-loi semble distinguer le siège administratif (art. 1) du siège social, elle finit par les confondre (art. 2-3) et elle impose finalement d'avoir à la fois le siège administratif et social au Congo dès lors que le «principal siège d'exploitation est situé au Congo» (art. 1). Etant donné que le principal — et l'on peut même dire l'unique — siège d'exploitation des deux sociétés de M. Diallo est effectivement situé au Congo, cela signifie obligatoirement leur établissement et leur incorporation dans ce pays. Elles n'avaient pas le choix car, à défaut d'une telle incorporation, «elles seront rayées d'office du registre du commerce» (art. 2, al. 2)), ce qui les empêcherait d'exister ou d'avoir des activités au Congo. Par conséquent, en raison de cette situation de fait et de droit, il semble bien que, dans cette affaire, on se situe dans la perspective de l'alinéa *b)* de l'article 11 du projet de la CDI correspondant à la situation où il serait légitime que le droit à la protection diplomatique de l'Etat de nationalité des actionnaires puisse jouer lorsque des mesures préjudiciables ont été prises par l'Etat contre la société ayant sa nationalité. C'est pourquoi, tout en souscrivant à la démarche de la Cour, je ne peux cependant souscrire ni à l'interprétation qu'elle donne de la législation congolaise ni, par voie de conséquence, à la conclusion finale qu'elle retient sur cette base à l'alinéa *b)* du paragraphe 1 et à l'alinéa *c)* du paragraphe 3 du dispositif.

11. Je voudrais maintenant aborder un autre aspect du problème apparu en raison des développements nouveaux depuis la fin de la procédure orale. Alors que l'affaire semblait relever du seul alinéa *b)* de l'article 11 du projet de la CDI, l'affaire pourrait relever également de l'alinéa *a)* de l'article 11, dans la mesure où l'une des deux sociétés de M. Diallo — la société Africom-Zaïre — aurait disparu du fait des autorités congolaises qui l'auraient radiée du registre des sociétés établies dans ce pays.

12. Dans le paragraphe 22, l'arrêt relève, en se basant sur la lettre du 31 janvier 2007 de la RDC relative à la société Africom-Zaïre, que celle-ci

9. However, while referring to this diplomatic protection theory, the Court considers that it does not apply in this particular case, thus espousing the solution in the *Barcelona Traction* case, but on a different basis. Indeed, after noting that the first condition has been met — since the two companies concerned do indeed have the nationality of the Congolese State, the perpetrator of the unlawful acts — it considers that the second condition has not been met, since that nationality stems from the free choice of their owner and not from a requirement of domestic law that would make it possible to invoke diplomatic protection. Admittedly, the choice of Congolese nationality was made by Mr. Diallo, but it seems hasty and questionable to conclude that it was a free choice, as the Court does in paragraphs 92 and 93 of the Judgment.

10. The freedom of choice is more appearance than reality when one analyses Congolese law. According to Legislative Order No. 66-341 of 7 June 1966, any undertaking whose principal activity is in the Congo was obliged to have its registered office and administrative seat in that country. Although the Legislative Order appears to draw a distinction between the administrative seat (Art. 1) and the registered office, it eventually confuses them (Arts. 2-3) and ultimately makes it an obligation for both the administrative seat and registered office to be in the Congo, when the “main centre of operations is situated in the Congo” (Art. 1). Considering that the main — and one may even say only — centre of operations of Mr. Diallo’s two companies is in fact situated in the Congo, this necessarily means their establishment and incorporation in that country. They had no choice for, failing such incorporation, “they will be struck off the Trade Register” (Art. 2 (2)), which would prevent them from existing or trading in the Congo. Consequently, owing to this situation of fact and law, it seems clear that, in this case, we are considering matters from the standpoint of Article 11 (b) of the ILC draft, corresponding to the situation in which it would be legitimate for the right to diplomatic protection by the shareholders’ State of nationality to come into play when prejudicial measures have been taken by the State against the company of its nationality. This is why, while endorsing the Court’s approach, I cannot, however, endorse either the interpretation it gives of Congolese legislation or, consequently, its final conclusion on that basis in paragraph 1 (b) and paragraph 3 (c) of the operative part of the Judgment.

11. I should now like to deal with another aspect of the problem which has come to light as a result of new developments since the end of the oral proceedings. Whereas the case appeared to fall solely within Article 11 (b) of the ILC draft, the case could also fall under Article 11 (a), inasmuch as one of Mr. Diallo’s two companies — Africom-Zaire — has allegedly disappeared through the action of the Congolese authorities, which have struck it off the commercial register of companies established in that country.

12. In paragraph 22, basing itself on the DRC’s letter of 31 January 2007 relating to Africom-Zaire, the Judgment points out that the lat-

aurait «cessé toutes ses activités depuis le milieu des années quatre-vingt», ce qui aurait mené à la radiation automatique de son immatriculation au registre de commerce. Il s'agit là d'un élément nouveau — survenu depuis la fin de la procédure orale concernant les exceptions préliminaires — susceptible d'avoir des conséquences directes sur le déroulement de la présente instance qu'il conviendrait d'envisager. Le paragraphe 59 de l'arrêt fait allusion au problème mais d'une manière qui ne m'apparaît pas satisfaisante; il ne suffit pas, à mon avis, pour réserver toutes les implications à venir et surtout il convient de veiller à ce que la décision de la Cour sur les exceptions préliminaires n'empêche pas le demandeur de soulever le problème lorsque l'affaire sera examinée au fond. En effet, si la disparition d'Africom-Zaïre devait se confirmer, cela créerait une situation où il n'y aurait plus de possibilité pour cette société de faire valoir directement ses droits par elle-même et de défendre ainsi les droits et intérêts de son actionnaire unique. Cette impossibilité définitive de toute action par l'intermédiaire de la société priverait ainsi son actionnaire unique de tout recours si on lui refusait le jeu de la protection diplomatique par la Guinée; on se trouverait alors devant une solution injuste contraire non seulement à l'équité, mais aussi aux principes fondamentaux régissant les droits de la défense et les droits de l'homme. Ce problème a préoccupé la Cour, la Commission du droit international et la doctrine.

13. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour l'évoque très expressément en tant que première exception à la règle classique de la protection diplomatique dans les paragraphes 64 à 68 (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 40-41). Certes, elle conclut dans cette affaire que la société n'a pas disparu et, de ce fait, cette exception n'était pas pertinente en l'espèce. Toutefois, on peut inférer du raisonnement de la Cour que, si l'hypothèse de la disparition avait été établie, elle se serait prononcée sans aucun doute en faveur du jeu de l'exception. C'est la solution retenue dans l'alinéa *a*) de l'article 11 précité du projet de la CDI qui en fait la première exception à la règle générale de la protection diplomatique permettant à l'Etat national de l'actionnaire d'agir «[s]i la société a cessé d'exister d'après la loi de l'Etat où elle s'est constituée». Une telle solution, déjà défendue dans le passé par une partie de la doctrine, semble maintenant très largement partagée depuis l'affaire de la *Barcelona Traction*. En conclusion, il me semble que la Cour aurait dû dire plus nettement et plus clairement, dans le présent arrêt, qu'elle réservait expressément la situation pouvant résulter de la confirmation d'une disparition de la société Africom-Zaïre avec les conséquences susceptibles d'en découler pour la suite de la procédure.

(Signé) Ahmed MAHIU.

ter company had allegedly “ceased all activity in the mid-1980s”, which had led to its being automatically struck off the Trade Register. This is a new element — which has arisen since the end of the oral proceedings on the preliminary objections — which may have a direct bearing on the progress of the present case that merits consideration. Paragraph 59 of the Judgment refers to this problem, but in a way which does not seem to me satisfactory; it is not enough, in my opinion, to reserve all the future implications, and what counts above all is to ensure that the Court’s decision on the preliminary objections does not prevent the Applicant from raising the problem when the case is considered on the merits. Indeed, were the disappearance of Africom-Zaire to be confirmed, it would create a situation in which there was no longer any possibility for that company to argue its case for itself and thereby to defend the rights and interests of its sole shareholder. This complete impossibility of any action through the company would thus deprive its sole shareholder of any remedy, if he were refused diplomatic protection by Guinea; we would then be faced with an unjust solution running not only counter to equity but also to the fundamental principles governing the rights of defence and human rights. The Court, the International Law Commission and doctrine have all been concerned by this problem.

13. In the *Barcelona Traction* case, the Court expressly refers to this as the first exception to the classical rule of diplomatic protection in paragraphs 64-68 (*I.C.J. Reports 1970*, pp. 40-41). It is true that the Court concludes in that case that the company did not disappear and, consequently, that this exception was not relevant in the case. However, it may be inferred from the Court’s reasoning that, if the hypothesis of disappearance had been proven, it would without any doubt have ruled in favour of the operation of the exception. This is the solution adopted in the above-mentioned Article 11 (*a*) of the ILC draft, which makes it the first exception to the general rule of diplomatic protection, enabling the State of nationality of shareholders to exercise protection where “the corporation has ceased to exist according to the law of the State of incorporation”. This solution, already supported in the past by part of doctrine, now, since the *Barcelona Traction* case, appears to enjoy widespread support. In conclusion, it seems to me that the Court ought to have said more clearly and precisely, in the present Judgment, that it expressly reserved the situation which might result from the confirmation of the disappearance of Africom-Zaire, with the consequences likely to arise therefrom for the subsequent procedure.

(Signed) Ahmed MAHIU.