

OPINION INDIVIDUELLE DE M. ERICH

Tout en acceptant le dispositif de l'arrêt de la Cour, je n'ai pas pu, à mon regret, me rallier sur tous les points à l'argumentation de cet arrêt. Je considère donc devoir exposer brièvement mon opinion dissidente.

Les deux titres d'engagement invoqués : les déclarations des Parties, portant acceptation comme obligatoire de la juridiction de la Cour, et le Traité de 1931, pendant le temps où ce dernier demeurait en vigueur, indiquaient dans leur ensemble l'étendue de l'obligation réciproque des deux Parties de soumettre leurs différends à la Cour permanente de Justice internationale. Il est incontestable que cette obligation réciproque, fondée sur les déclarations, se trouvait à un certain degré élargie par la conclusion du traité.

En faisant présentement abstraction de l'argument *ratione materiae* invoqué par le Gouvernement bulgare dans une forme très générale et même quelque peu diffuse, argument que l'arrêt, à juste titre, n'a pas retenu en tant qu'exception préliminaire, je constate que le Gouvernement bulgare, en contestant le bien-fondé des arguments invoqués par le Gouvernement belge en faveur de la compétence de la Cour, demande à celle-ci de « se déclarer incompétente à connaître de la requête introduite », et, d'autre part, déclare « que la requête soumise par la Belgique à la Cour permanente de Justice internationale n'est pas recevable ».

La question de savoir si le Mémoire bulgare, en parlant soit « des questions de compétence et de recevabilité », soit de « la question de compétence et de recevabilité », a entendu soulever une seule exception impliquant deux « objections » ou plutôt deux exceptions différentes, ne saurait avoir aucune importance décisive.

La Bulgarie a contesté les bases conventionnelles de la compétence de la Cour en prétendant, d'une manière générale, l'absence de toute élément international dans le présent différend, et, en second lieu, en faisant valoir, en ce qui concerne les déclarations, l'objection *ratione temporis*. L'objection basée sur l'article 3 du Traité de 1931 et contestant la recevabilité de la requête revêt un caractère différent. La partie qui conteste la recevabilité de la requête ne prétend pas, de ce chef, que l'objet du différend ne tombe pas sous la compétence de l'instance dont il s'agit ; elle fait valoir une certaine circonstance qui, à son avis, fait obstacle à la procédure. Il en est ainsi lorsque la partie invoque le non-épuisement des moyens de recours

SEPARATE OPINION OF M. ERICH.

[*Translation.*]

Although I agree with the operative part of the Court's judgment, I regret that I have been unable to concur on every point in its arguments. I think therefore I ought briefly to state my dissenting opinion.

The two sources invoked by the Parties as binding upon them, namely their declarations accepting the compulsory jurisdiction of the Court and the Treaty of 1931 for as long as it continued in force, indicated between them the extent of the mutual obligation of both Parties to submit their disputes to the Permanent Court of International Justice. There is no doubt that this mutual obligation based upon the declarations was in a certain measure extended by the conclusion of the Treaty.

Disregarding for the moment the argument *ratione materiae* invoked by the Bulgarian Government in a very general and even rather diffuse form, which argument the judgment has rightly held not to be a preliminary objection, I find that the Bulgarian Government, while disputing the justice of the Belgian Government's arguments in favour of the Court's jurisdiction, asks the latter "to declare that it has no jurisdiction to entertain the Application filed" and further declares "that the Application submitted by Belgium to the Permanent Court of International Justice cannot be entertained".

The question whether the Bulgarian Memorial, when it speaks either of "questions of jurisdiction and admissibility" or of "the question of jurisdiction and admissibility", intended to raise a single objection implying two objections, or two different objections, is of no decisive importance.

Bulgaria disputed the treaty bases of the Court's jurisdiction, alleging generally the absence of any international element in the present dispute and advancing, in the second place, with regard to the declarations, the objection *ratione temporis*. The objection based upon Article 3 of the 1931 Treaty and disputing the admissibility of the Application, is of a different character. A party who argues that an application cannot be entertained is not maintaining thereby that the subject of the dispute does not fall within the competence of the court in question; it is adducing a certain circumstance which in its opinion constitutes an obstacle to proceedings. The same is true when the party invokes the non-exhaustion of local

internes ou l'omission des négociations diplomatiques, dans les deux cas une lacune qui ne porte pas atteinte à la compétence de la Cour telle qu'elle est reconnue par les parties en question.

Une exception d'incompétence et une exception d'irrecevabilité ne s'excluent donc pas l'une l'autre. Elles peuvent coexister et doivent être examinées séparément, cela aussi dans le cas où la même partie a attaqué et la compétence et la recevabilité. Que la partie qui les soulève les ait en apparence confondues, cela est sans importance, pourvu que la distinction ressorte en réalité de ses prétentions.

L'exception d'incompétence présente évidemment un caractère préalable par rapport à l'exception de recevabilité. Au cas où la Cour se déclare incompétente, l'exception de recevabilité ne joue plus, elle aura perdu sa raison d'être; si, par contre, la Cour admet sa compétence, elle n'a pas, par là même, affirmé la recevabilité de la requête.

Lorsqu'on se trouve en présence et d'une contestation de la compétence et d'une contestation de la recevabilité, il paraît donc tout indiqué qu'on commence par examiner la compétence proprement dite. Si la compétence n'est pas reconnue, toute l'affaire tombe et l'exception relative à la recevabilité est, par conséquent, sans portée. Dans le cas contraire, la valeur de l'objection concernant la recevabilité reste intacte et se présente pour être examinée séparément. Il en est évidemment de même au cas où il a été constaté qu'une objection touchant la compétence de la Cour est étroitement liée au fond du différend; la compétence se trouve également sauvée, au moins provisoirement.

L'exception relative à l'épuisement des voies de recours internes est indivisible. La Partie qui la fait valoir n'entend nullement dire que sous l'aspect du traité ces voies ne sont pas épuisées, mais que sous un autre aspect, celui des déclarations, l'exception de l'épuisement ne joue pas. Les moyens de recours sont épuisés ou ils ne le sont pas. Une fois qu'on a constaté le bien-fondé de l'exception basée sur le prétendu non-épuisement, on ne saurait annuler les effets de cette constatation par l'admission d'autre part que la *compétence* de la Cour se trouve établie. Le titre acquis en faveur de la compétence ne suffit pas, par lui-même, pour écarter l'objection contre la recevabilité de la requête.

* * *

L'argument *ratione materiae*, c'est-à-dire l'exception générale et quelque peu diffuse par laquelle le Gouvernement bulgare tend à exclure la compétence de la Cour, a été à juste titre rejetée en tant qu'exception préliminaire et réservée pour

remedies or the absence of diplomatic negotiations, both cases creating a gap which does not affect the jurisdiction of the Court as recognized by the parties in question.

An objection to jurisdiction and an objection to admissibility are not therefore mutually exclusive. They may co-exist and should be examined separately, even when the same party has impugned both jurisdiction and admissibility. The fact that the party raising the objections has apparently confused them is of no importance, provided that the distinction emerges in fact from its claims.

The objection to jurisdiction is obviously a preliminary objection in relation to the objection to admissibility. If the Court finds that it has no jurisdiction, the objection to admissibility lapses, having lost its *raison d'être*; if, on the other hand, the Court declares in favour of its jurisdiction, it has not thereby affirmed that the application can be entertained.

Accordingly, if we are confronted with an objection to jurisdiction and an objection to admissibility, we should begin by examining the question of jurisdiction proper. If jurisdiction is not admitted, the whole case falls to the ground and the objection to admissibility ceases to have any relevance. In the opposite case the force of the objection to admissibility is unimpaired and remains to be examined separately. The same is obviously true when it is found that an objection to the jurisdiction of the Court is closely bound up with the merits of the dispute; the jurisdiction is here too preserved, at least for the time being.

The objection relating to exhaustion of internal remedies is indivisible. The Party who advances this objection does not mean that, from the point of view of the Treaty, these remedies are not exhausted, but that, from another point of view, that of the declarations, the objection based on exhaustion does not operate. The remedies are either exhausted or they are not. Once the objection based on alleged non-exhaustion is found to be just, it is impossible to cancel the effects of that finding by admitting also that the *jurisdiction* of the Court is established. The establishment of jurisdiction does not of itself suffice to rule out the objection to the application being entertained.

* * *

The argument *ratione materiae*, that is to say the general and somewhat diffuse objection whereby the Bulgarian Government seeks to exclude the Court's jurisdiction, was rightly denied to be a preliminary objection and was reserved for

l'examen du fond. L'exception *ratione temporis*, laquelle, elle aussi, attaque la compétence de la Cour, est logiquement subordonnée à l'exception *ratione materiæ* dans ce sens que, si celle-ci se trouvait ultérieurement approuvée par la Cour, l'argument *ratione temporis* deviendrait sans objet et inopérant. En supposant qu'on vienne à constater que l'affaire ne constitue pas un différend au sens international, la question relative à l'antériorité ou à la postériorité ne se poserait plus.

La Cour ayant toutefois procédé, dès maintenant, à l'examen de l'argument *ratione temporis*, je me permettrai de présenter quelques observations à ce sujet.

La réserve *ratione temporis*, adoptée dans beaucoup d'engagements internationaux, se présente sous des formules différentes. Lorsqu'on exclut « les contestations ayant leur origine dans des faits antérieurs à la présente Convention », cette locution paraît peut-être plus restrictive que celle employée dans la déclaration belge : « différends qui s'élèveraient après la ratification de la présente déclaration au sujet de faits ou de situations postérieurs à cette ratification » ; au fond, il n'y a guère de différence entre les intentions des États contractants. Tout différend provoqué par des faits ou mesures présentant un caractère juridique, antérieurs à une certaine date décisive et critique, doivent échapper à l'application de la règle. On peut critiquer pareilles formules, comme imprécises et susceptibles de provoquer de l'incertitude, mais il faut leur accorder la portée que les États contractants ont eu en vue.

Dans la première phase du différend actuel, les deux Parties ont considéré, semble-t-il, comme l'origine de leur litige la formule contenue dans la sentence du Tribunal arbitral mixte de 1925. Dans le récit des événements précédents que donne le Gouvernement belge dans sa requête (p. 4), celui-ci parle de la formule de tarif arrêtée par le Tribunal arbitral. L'application de cette formule ne donna lieu, jusqu'en 1934, à aucune difficulté, mais, au cours du dernier trimestre de 1934, un désaccord se manifesta pour la première fois. La transaction intervenue pour l'année 1935 ne fut pas prorogée, « et le conflit surgit à nouveau au sujet du calcul du tarif du premier trimestre de 1936 ». Dans son Mémoire additionnel (p. 8), le Gouvernement belge indique dans les termes suivants ce qu'il considère comme le criterium pour que la réserve contenue dans la déclaration belge s'applique : « il ne suffit pas que le litige né postérieurement à cette déclaration présente un rapport quelconque avec une situation de droit ou de fait antérieure à cette déclaration, il faut que le différend surgisse au sujet même de cette situation ». La même expression « au sujet de » se trouve donc aussi bien dans cette règle revêtue d'une forme générale et abstraite que dans la phrase citée de la requête, où il s'agit de la formule de tarif arrêtée par le Tribunal arbitral. Dans le

examination with the merits. The objection *ratione temporis*, which likewise challenges the jurisdiction of the Court, is logically subordinate to the objection *ratione materiæ* in the sense that, should the latter be subsequently approved by the Court, the argument *ratione temporis* would lose its *raison d'être* and become inoperative. If we find that the case is not a dispute in the international sense, the question of priority, or otherwise, of date would no longer arise.

But since the Court has already examined the argument *ratione temporis*, I should like to offer a few observations on this subject.

The reservation *ratione temporis* inserted in many international undertakings appears in different terms. When we exclude "disputes which have their origin in facts prior to the present Convention", that expression appears perhaps more restricted than the words used in the Belgian declaration: "disputes arising after the ratification of the present declaration with regard to situations or facts subsequent to this ratification"; fundamentally there is little difference between the intentions of the contracting States. Any dispute caused by facts or measures of a legal character prior to a certain decisive and crucial date are excluded from the application of the rule. Such formulæ may be criticised as inexact and likely to cause confusion, but they must be given the meaning which the contracting Parties had in mind.

During the first stage of the present dispute, both Parties apparently considered the origin of their dispute to lie in the formula contained in the award of the Mixed Arbitral Tribunal of 1925. The Belgian Application (p. 4), in telling the story of past events, speaks of the tariff formula fixed by the Arbitral Tribunal. Until 1934 the application of this formula gave rise to no difficulties, but disagreement arose for the first time in the last quarter of that year. The compromise arranged for 1935 was not prolonged, "and the dispute again arose with regard to calculating the tariff for the first quarter of 1936". In its Additional Memorial (p. 8) the Belgian Government indicates as follows what it regards as the criterion in order that the reservation in the Belgian declaration may apply: "... it is not enough that the dispute arising subsequently to this declaration should have some relation with a situation in law or of fact prior thereto; the dispute must arise with actual regard to that situation". The same phrase "with regard to" is therefore found both in this general and abstract formulation of the rule and in the above-mentioned sentence in the Application which deals with the tariff formula fixed by the Arbitral Tribunal. In the Belgian Government's Memorial (p. 14) the formula fixed by this Tribunal is called "the disputed formula".

Mémoire du Gouvernement belge (p. 14), la formule établie par ce tribunal est caractérisée comme « la formule litigieuse ». De ces expressions, ainsi que de plusieurs autres, il paraît ressortir que le Gouvernement belge, dans la première phase du litige, a considéré certains actes incriminés des autorités bulgares comme l'objet du différend, mais la formule comme l'origine de celui-ci, en d'autres termes comme la situation au sujet de laquelle le différend a surgi.

Au cas où le Tribunal arbitral mixte aurait accédé à la demande de la compagnie, lorsque celle-ci lui demanda une interprétation de la sentence arbitrale du 27 mai 1925, il aurait été évident que le différend soumis à ce tribunal était directement un différend *au sujet de la sentence arbitrale*. Or, il n'en a guère été autrement lorsque les tribunaux bulgares ont eu à se prononcer sur l'affaire. Le point saillant, autour duquel se sont déroulés les débats, était exactement « la sentence litigieuse » de 1925. Les décisions des tribunaux n'ayant pas donné satisfaction à la compagnie, l'État protecteur, la Belgique, s'est adressé à la Cour. Certes, ce n'est pas « la formule litigieuse » telle quelle qui a été soumise à l'examen de la Cour. S'il en était ainsi, cette formule serait à considérer comme l'objet même du litige. Les griefs belges portent sur certains actes des autorités bulgares ; ce sont ces actes qui constituent l'objet du différend. Ceux-ci ont occasionné le différend. Mais au fond ils *supposent* évidemment l'existence de situations ou de faits antérieurs (cf. l'arrêt de la Cour dans l'affaire des phosphates du Maroc, p. 24). Le différend *dérive* de faits antérieurs au 10 mars 1926. La sentence litigieuse constitue une situation antérieure à la date critique. Cette situation antérieure a donné naissance aux divergences qui se sont élevées postérieurement à cette date.

Conçue dans une acception très restreinte, la réserve *ratione temporis*, sur laquelle bien des États ont insisté dans leurs déclarations, pourrait être presque vidée de son contenu. Un prétendu dommage subi antérieurement à l'entrée en vigueur de l'engagement pourrait être relevé par une réclamation présentée, postérieurement à la date critique, devant une autorité nationale, judiciaire ou administrative. Le rejet définitif de la demande pourrait ensuite être allégué comme un acte illicite et comme l'élément générateur du litige. Par là, la personne intéressée aurait la possibilité de faire revivre un différend auquel, d'après la réserve, la convention ne devrait pas être applicable.

Pour les raisons ci-dessus indiquées, je suis disposé à considérer le présent différend comme s'étant élevé au sujet d'une situation antérieure à la ratification de la déclaration. Or, la réserve *ratione temporis* ne joue que dans le cadre de cette déclaration ; par contre, elle n'a pas été adoptée par le Traité de 1931, qui était encore en vigueur à la date où la Cour fut

From these expressions and from several others it would appear that the Belgian Government in the first stage of the dispute regarded certain alleged acts by the Bulgarian authorities to be the subject-matter of the dispute, but held the formula to be the source of it, in other words, the situation with regard to which the dispute arose.

If the Mixed Arbitral Tribunal had complied with the Company's request when asked to give an interpretation of the arbitral award of May 27th, 1925, the dispute submitted to this Tribunal would obviously have been a dispute directly *with regard to the arbitral award*. And the same is true when the Bulgarian courts were required to adjudicate upon the matter. The salient point upon which their discussions turned was precisely "the disputed award" of 1925. As the decisions by the courts failed to satisfy the Company, the protecting State, Belgium, applied to the Court. It is certainly not "the disputed formula" as such which was submitted to the examination of the Court. If it were so, this formula would have to be regarded as the actual subject of the dispute. The Belgian complaints are directed against certain acts of the Bulgarian authorities, and it is these acts which constitute the subject of the dispute; it was they which occasioned it. Essentially, however, they obviously *assume* the existence of prior situations or facts (cf. the Court's judgment in the case of the Moroccan Phosphates, p. 24). The dispute *derives* from facts prior to March 10th, 1926. The disputed award constitutes a situation prior to the crucial date. That prior situation gave birth to differences of opinion that arose subsequently to that date.

If taken in a very limited sense, the *ratione temporis* reservation, emphasized by many countries in their declarations, might become almost void of substance. Alleged damage suffered before the entry into force of the undertaking could be resuscitated by a claim submitted to some national judicial or administrative authority subsequently to the crucial date. The final dismissal of the claim could then be alleged as an unlawful act and as the element giving birth to the dispute. In this way the interested party would be enabled to revive a dispute to which, under the reservation, the convention ought not to apply.

For the reasons given above, I am inclined to regard the present dispute as having arisen with regard to a situation prior to ratification of the declaration. But the *ratione temporis* reservation operates only within the limits of that declaration; it was not inserted in the 1931 Treaty, which was still in force at the time when the case was submitted to the

saisie de l'affaire. La Cour s'étant prononcée sur l'exception *ratione temporis* avant toute décision sur l'exception préalable *ratione materiæ*, je suis conduit à relever, dès maintenant, que la distinction relative à l'antériorité ou à la postériorité du différend par rapport à une certaine date, ne s'applique pas en tant qu'il s'agit du Traité de 1931.

* * *

La Cour a reconnu l'exception bulgare basée sur le non-épuisement des voies de recours comme bien fondée. La requête devrait donc être considérée comme irrecevable. Or, d'après la manière de voir qui a prévalu, la valeur de cette constatation se trouve invalidée par le fait que la compétence de la Cour est admise sur la base des déclarations d'acceptation de la disposition facultative. Même si la conclusion contraire avait prévalu, l'admission du différend comme s'étant élevé au sujet d'une situation postérieure à la ratification aurait eu pour conséquence que la Belgique aurait toujours la faculté de saisir la Cour d'une nouvelle requête sur la base des déclarations réciproques.

Dans ces conditions, je crois pouvoir me prononcer brièvement sur la question de l'épuisement. Je me borne à constater que les conditions requises en vertu de l'article 3 du Traité de 1931 n'étaient pas remplies au moment où la Cour fut saisie par le Gouvernement belge. Or, le principe concernant l'épuisement des voies de recours internes, même s'il se trouve établi par une disposition conventionnelle, n'est pas incompatible avec certaines dérogations, bien que celles-ci, à la différence de la règle elle-même, ne soient pas établies par un texte écrit. En appréciant les mérites d'une prétendue dérogation à la règle, il convient de tenir compte de ce qui paraît raisonnable dans l'espèce. Le Traité de 1931, stipulant l'obligation d'observer, dans la mesure la plus large, les procédures pacifiques pour le règlement des différends internationaux, a été dénoncé par l'une des Parties au moment où l'application du traité était prévue, et cela en vue d'exclure tout examen du différend dans une instance internationale. La Belgique, qui, probablement, n'était pas sûre de pouvoir saisir la Cour sur la base de la déclaration, puisque celle-ci est soumise à la réserve *ratione temporis*, se trouvait vraiment dans le cas de « péril en la demeure » ; sa manière d'agir s'explique par la situation extraordinaire créée par la dénonciation du traité. En outre, depuis que l'arrêt de la Cour de cassation de Bulgarie a été rendu, les voies de recours internes se trouvent matériellement épuisées.

Court. Since the Court has adjudicated upon the *ratione temporis* objection before giving any decision in regard to the preliminary *ratione materiae* objection, I must declare at this stage that the distinction according to whether the dispute is prior or subsequent to a certain date does not apply in so far as concerns the 1931 Treaty.

* * *

The Court has admitted the justice of the Bulgarian objection based on failure to exhaust internal remedies. The Application must therefore be regarded as inadmissible. According, however, to the view that prevailed, the force of this finding is invalidated by the fact that the Court's jurisdiction is accepted on the basis of the declarations of adherence to the optional clause. Even if the contrary conclusion had prevailed, the admission of the dispute as having arisen with regard to a situation subsequent to ratification would have meant that Belgium would still have the right to submit to the Court a fresh application on the basis of the mutual declarations.

In these circumstances, I can be brief on the question of exhaustion. I would only say that the conditions required under Article 3 of the 1931 Treaty were not fulfilled at the time when the Belgian Government applied to the Court. At the same time, the local redress rule, even if established in a treaty clause, is not incompatible with certain departures from it, although these, unlike the rule itself, are not laid down in a written text. There are reasons for weighing the merits of an alleged departure from the rule and for taking account of what appears reasonable in a particular case. The Treaty of 1931, which requires that pacific methods of settling international disputes shall be followed as far as is possible, was denounced by one of the Parties at the moment when the Treaty was about to be applied, and was denounced in order to prevent any examination of the dispute by an international body. Belgium, who was probably not sure of being able to approach the Court on the basis of the declaration, the latter being subject to the *ratione temporis* reservation, was faced with a real *periculum in mora*; the action she took is explained by the abnormal situation created by the denunciation of the Treaty. Furthermore, since the Court of Cassation in Bulgaria delivered its judgment, the internal remedies have in fact been exhausted.

Tout en considérant que cette exception d'irrecevabilité aurait dû être traitée et considérée d'une manière distincte et indépendante de la question relative à l'étendue de la juridiction obligatoire de la Cour, je considère une dérogation à la règle de l'épuisement comme justifiée dans le présent cas. Pour cette raison et nonobstant les divergences d'opinion sur certains points, j'ai pu me rallier au dispositif de l'arrêt.

(Signé) R. ERICH.

Although I hold that this objection to admissibility should have been treated separately and independently of the question concerning the extent of the Court's compulsory jurisdiction, I consider that a departure from the local redress rule was in this case justified. On that account, and notwithstanding differences of opinion on certain points, I have been able to concur in the operative part of the judgment.

(Signed) R. ERICH.