

## OBSERVATIONS DE M. NYHOLM

Le désir d'avoir recours pour l'évaluation de l'indemnité de l'usine de Chorzów à une expertise est certainement légitime, mais est-il aussi possible d'arriver par cette voie à un résultat ? S'il s'agissait en l'espèce d'une expertise sur une base purement mathématique telle que l'établissement d'un bilan tiré d'une comptabilité, des experts nommés par la Cour et par les Parties, travaillant en pleine indépendance sans liaison avec la Cour et sur un pied égal entre eux et autorisés à s'entourer de tous renseignements, pourraient sans doute constituer une aide décisive pour obtenir une juste solution de l'affaire. Mais, en l'espèce, le caractère hypothétique des questions comporte une réponse également hypothétique. S'agissant d'une appréciation des résultats financiers que l'usine aurait donnés entre 1922 et 1928, si elle était restée entre les mains des Allemands, on se trouve sur un terrain où les experts auraient des difficultés pour se prononcer autrement que par des hypothèses.

Un nombre considérable de circonstances y jouent un rôle. Entre autres la capacité des diverses personnes dirigeantes pour la direction technique et pour bénéficier de la situation du marché général et de la formation des divers groupements des usines dans des « concerns » qui caractérisent les années 1922-1928 ; les *capitaux* dont aurait pu disposer l'usine, *l'influence* favorable ou défavorable de la législation polonaise, etc.

La réponse ne peut donc guère résulter dans l'indication de la somme précise, qui pourrait donner une solution immédiate de l'affaire.

Tout en admettant même que par les dires des experts on se serait rapproché plus de la vérité, cette différence ne saurait jouer un rôle important dans une situation où l'évaluation de la Cour doit toujours être basée sur un nombre de décisions détaillées toutes à forfait pour arriver au résultat global. Peu importe si pour quelques-unes des réflexions on arrive à 110

## OBSERVATIONS BY M. NYHOLM.

The wish to have recourse to expert opinion for the purpose of estimating the compensation due in respect of the Chorzów factory is certainly legitimate, but is it also possible to obtain a result by this means? If it were a question of an expert report on a purely mathematical basis, such as the drawing up of a balance sheet prepared from accounts, experts appointed by the Court and by the Parties—working entirely independently and with no liaison with the Court, on a footing of equality amongst themselves and authorized to obtain any information—would doubtless be of decisive assistance in arriving at a just settlement of the matter. But in this case the hypothetical nature of the questions involves an equally hypothetical answer. As it is a question of estimating what financial results the factory would have produced between 1922 and 1928, if it had remained in German hands, the experts will find themselves in a sphere in which they will have difficulty in replying otherwise than by hypothetical answers.

A considerable number of circumstances enter into account. Amongst others the capacity of the various persons concerned in the management to undertake technical control and to take advantage of the situation of the general market and of the formation of the various groups of factories into consortiums which is a characteristic of the years 1922-1928; the *capital* which might have been at the disposal of the factory, the favourable or unfavourable *effect* of Polish legislation, etc.

The answer can hardly take the form of the indication of a precise sum which would enable the affair to be immediately settled.

Even supposing that, thanks to the declarations of the experts, it might be possible to arrive more nearly at the true situation, the greater or less degree of progress thus made would not be of much importance in a case when the Court's estimate must always be based on a number of detailed decisions, all arrived at separately, in order to reach

au lieu de 100, si la totalité des décisions garde toujours son caractère approximatif.

On se demande donc s'il vaut la peine de retarder la solution de l'affaire et de chercher à vaincre les difficultés d'une expertise entre autres dans les choix des experts, qui doivent, pour bien faire, posséder des qualités se trouvant difficilement réunies chez une seule personne.

Finalement, la Cour pourrait se trouver devant une situation identique à celle existant avant l'expertise, et être exposée encore à ce que la discussion entre Parties sur l'expertise comporte une re-discussion de l'affaire sur les mêmes bases que celles déjà exposées.

D'autre part, les nombreux éléments du dossier paraissent permettre une décision directe. L'étude des renseignements et statistiques fournis par le dossier concernant par exemple l'état de l'usine et le développement général dans la sphère industrielle dont il s'agit, paraissent constituer une base suffisante pour l'appréciation générale qui, de toute manière, incombera à la Cour. Une application *mutatis mutandis* desdits renseignements sur l'usine-sœur de Piesteritz paraît particulièrement fructueuse. Des contre-preuves se présentent comme possibles, par exemple l'examen de l'offre de vente faite à la Société suisse, en prenant en considération la situation qui se présentait alors.

\* \* \*

Quelques points dans cette affaire, qui est dans son ensemble d'un caractère spécifique, peuvent attirer l'attention au point de vue du droit.

\* \* \*

Quant à la fixation du dommage, la défenderesse cherche de nouveau dans le procès actuel à revenir sur des points déjà tranchés, en soutenant qu'elle ne doit pas payer l'indemnité

the total sum. It matters but little whether in regard to some points the figure estimated is for instance 110 instead of 100, if the net result of all the decisions is still in the nature of an approximation.

It may be wondered therefore whether it is worth while to delay the settlement of the case and to incur the difficulties connected with an expert report, including amongst others the choice of the experts who must, if they are to perform their task properly, possess qualifications but seldom found in one and the same person.

In the end the Court may be confronted with precisely the same situation as before the expert report and may find that the discussion upon the report between the Parties involves a rediscussion of the case on the same bases as those already considered.

Again, the numerous data afforded by the documents in the case would appear to make an immediate decision possible. A study of the information and statistics furnished by the documents in regard for instance to the condition of the factory and general development in the industry in question would appear to afford a sufficient basis for the general assessment which the Court must in any case undertake. The application, *mutatis mutandis*, of this information to the sister factory of Piesteritz would seem particularly likely to produce useful results. There would seem to be a possibility of obtaining corroborative evidence, for instance, by examining the offer of sale made to the Swiss Company, taking into account the situation existing at that time.

\* \* \*

Certain points in this case, which as a whole is of a specific nature, may attract attention from the point of view of law.

\* \* \*

As regards the assessment of the damage, the Respondent again seeks in the present proceedings to revert to points already dealt with, maintaining that it should not pay the

parce que les titulaires de cette indemnité ne sont pas les deux Sociétés mais toujours le Reich. Ces questions ont été décidées par l'Arrêt n° 7, qui établit définitivement que le dommage éventuel est dû aux deux Sociétés, et non pas au Reich, qui n'est pas propriétaire depuis qu'il a vendu l'usine par les actes de 1919. L'arrêt traite donc indûment de nouveau les exceptions polonaises à ce sujet.

La prétention polonaise basée sur l'article 256 du Traité de Versailles cherche à faire considérer de nouveau le Reich comme propriétaire. Mais cette question entre déjà dans les décisions de l'Arrêt n° 7. Ceci est également le cas pour la position du Reich comme créancier-gagiste

La Cour n'a donc pas à s'en occuper de nouveau. Si la Pologne peut arriver à se prévaloir de l'article 256, c'est devant un autre forum en dehors de la compétence de la Cour. La créance qu'elle pourrait, éventuellement, se procurer devant ce forum ne fait que créer pour la Pologne la situation qu'elle reprendra dans l'avenir ce qu'elle aurait à payer à présent. Une telle créance ne peut donc nullement être opposée à la décision de l'Arrêt n° 7, qui trouvera son exécution par l'arrêt actuel. Partant, il n'est pas justifié d'entreprendre de nouveau avec l'arrêt un examen de l'article 256. Non plus la Cour doit-elle traiter de nouveau la question si le Reich est devenu propriétaire par sa qualité apparente de créancier-gagiste. Cette question concerne, comme du reste aussi la question de l'article 256, un état existant bien avant l'arrêt, et l'on ne saurait la renouveler sous prétexte que lors des arrêts précédents il s'agissait de fixer le principe de dommages, mais qu'actuellement le problème est de mesurer ce dommage. Dans tous les deux cas on est devant une question tranchée.

\* \* \*

Une question d'un intérêt juridique plus général se pose quant à la situation de procédure de l'Allemagne ; que l'État allemand est seul autorisé à ester en justice avec l'exclusion des deux Sociétés est indéniable, puisqu'il s'agit d'un procès tombant sous la compétence de la Cour permanente, accessible

indemnity because it is not the two Companies which are entitled to receive it, but the Reich. These questions have been decided by Judgment No. 7, which definitely lays down that any damages are due to the two Companies and not to the Reich, which is not the owner, since it sold the factory under the contracts of 1919. The judgment therefore unnecessarily again deals with the Polish objections on this point.

The Polish contention based on Article 256 of the Treaty of Versailles, again seeks to show that the Reich should be regarded as owner. But this question is already dealt with by the decisions of Judgment No. 7. This is also the case as regards the position of the Reich as pledgee.

The Court therefore need not again concern itself with this. If Poland is to succeed in her claim based on Article 256, it must be before some other tribunal and not this Court. If she succeeded in establishing her claim before such other tribunal, the result would simply be that Poland would in the future regain what she has to pay now. This claim, therefore, cannot be opposed to the decision contained in Judgment No. 7, which is being applied by the present judgment. There is therefore no reason for again undertaking an examination of Article 256, as is done in the judgment; nor need the Court again consider the question whether the Reich has become owner in consequence of its position as pledgee. This matter, as also the question regarding Article 256, relates to a stage reached long before the present judgment, and it cannot be reopened on the pretext that, when the preceding judgments were given, the question was to establish the principle of damages, but that now the problem is to estimate these damages. Both are points which have already been decided.

\* \* \*

A question of more general legal interest arises as regards the situation of Germany in the proceedings; that Germany alone, to the exclusion of the two Companies, can sue, is undeniable, since this is a suit within the jurisdiction of the Permanent Court, which is open only to States. But what is

aux États seuls. Mais quelle est la situation de l'Allemagne quant aux réclamations d'une indemnité? Il n'est pas à nier que la condamnation doit être prononcée en la forme, au profit de l'État allemand, mais puisqu'il s'agit des dommages subis par d'autres, ce n'est pas en qualité de *propriétaire* que l'Allemagne peut réclamer les indemnités.

Les prétentions émises dans les conclusions du Reich paraissent pourtant viser une adjudication en propriété comme réparation des torts infligés à ses sujets. Dans l'arrêt, les expressions sont variées («le montant de l'indemnité à laquelle a droit le Gouvernement allemand en prenant comme mesure les dommages subis par les deux Sociétés», page 55). Un autre passage est ainsi libellé: «quelle est la somme qu'il convient d'allouer au Gouvernement allemand afin de lui permettre de remettre autant que possible les Sociétés dépossédées dans la situation économique...?» (page 49). Une indication précise de la situation du demandeur ne se trouve pas dans l'arrêt. Le problème paraît pouvoir se résoudre selon les considérations suivantes.

La créance des deux Sociétés est en elle-même une créance nationale polonaise à faire valoir civilement contre le Gouvernement polonais et sous la législation polonaise; mais, à la suite de la Convention de Genève, la créance a acquis aussi un caractère international. Par sa mainmise sur l'usine, le Gouvernement polonais a aussi fait infraction aux obligations par lui acceptées vis-à-vis de l'État allemand. En plaidant cette infraction, l'Allemagne se base évidemment sur le tort occasionné aux Sociétés, mais elle ne peut s'approprier l'indemnité comme sa propriété. L'Allemagne peut souffrir un dommage moral par l'action polonaise, représenté par la demande d'une somme fictive, et aussi, le cas échéant, un dommage matériel, mais celui-ci toujours basé sur un fait touchant l'État lui-même. Mesurer un tel dommage par le montant même qui représente le dommage des sujets est une prétention qui ne trouve aucun appui sauf pour des cas spéciaux où le tort infligé aux sujets touche directement l'État comme étant intéressé à titre privé dans l'entreprise. En l'espèce, un tel cas aurait pu se présenter à cause de la situation de l'Allemagne comme créancier-gagiste; aucune prétention à ce sujet n'a pourtant été émise dans l'affaire. L'État doit donc se borner

the situation of Germany as regards the claim for indemnity? It cannot be denied that judgment must in form be given in favour of the German State; but since the damage has been sustained by others, it is not in the capacity of *owner* that Germany can claim an indemnity.

The claim put forward in the Reich's conclusions seems rather to relate to the award of a sum as reparation for wrong inflicted upon its subjects. In the judgment the expressions vary: "The amount of compensation to which the German Government is entitled, on the basis of the damage suffered by the two Companies" (page 55). Another passage runs as follows: "What sum must be awarded to the German Government in order to enable it to place the dispossessed Companies... in the economic situation...?" (page 49). A precise indication of the Applicant's position is not to be found in the judgment. It seems that the problem may be solved in accordance with the following considerations.

The asset claimed by the two Companies is in itself an asset in the hands of the Polish State, which may be claimed by civil action against the Polish Government and under Polish law; but as the result of the Geneva Convention, the asset has acquired also an international character. In seizing the factory the Polish Government has also infringed the obligations accepted by it as regards the German State. In basing its action on this infringement, Germany is relying on the wrong done to the Companies; but she cannot lay claim to the indemnity as her own property. Germany may suffer, as the result of Poland's action, moral damage represented by the demand for an imaginary sum, and also, maybe, material damage; but the latter is always based on a fact affecting the State itself. To measure such damage by the actual amount of damage caused to its subjects is to make a claim that finds no support save as regards the special cases where the wrong done to subjects directly affects the State as being privately interested in the enterprise. In the present affair such a case might have arisen, owing to the situation of Germany as pledgee; no such claim has however been put forward in the proceedings. The State must therefore, as far



pour son compte aux réclamations des dommages moraux ou matériels directement causés à lui.

Mais, en même temps, il a été établi par une jurisprudence internationale que l'État peut faire valoir dans l'instance internationale les réclamations de ses sujets, « prendre fait et cause » pour eux avec le résultat que, naturellement, ces réclamations doivent être jugées alors selon le droit international (voir jugements de la Cour permanente de Justice internationale — affaires du *Wimbledon* et *Mavrommatis*).

Dans cette situation il se pose, après la création de la Cour internationale, la nouvelle question, si l'État possède le droit de s'approprier ou au moins de porter d'office les réclamations des particuliers devant la Cour.

A ce sujet il paraît que rien ne fait présumer qu'en droit international un changement a eu lieu dans les principes généraux qui reconnaissent aux individus la protection de leurs droits de propriété. Ceux-ci restent toujours protégés, et la présentation d'une réclamation particulière dans une instance internationale ne saurait être le résultat que de l'existence d'un mandat tacite ou exprès, résultant soit d'une demande, soit d'un consentement des Parties. Qu'il existe un tel mandat en l'espèce ne saurait faire l'objet d'un doute. Il résulte du dossier que l'État allemand opère en pleine collaboration avec les Sociétés qui, évidemment, ont fourni tous les renseignements aux fins d'obtenir une issue favorable du procès. De ce qui précède, il résulte que les demandes doivent être bien adjugées au nom du Gouvernement allemand, mais seulement à titre de mandataire des Sociétés. La Cour ne saurait donc allouer les sommes à l'Allemagne sans autres commentaires et sans se rendre compte de la question si juridiquement l'État allemand peut disposer librement du montant des indemnités comme propriétaire et sans obligation juridique de verser l'indemnité aux dépossédés. L'état du demandeur doit être envisagé comme celui d'un mandataire.

\* \* \*

La thèse ci-dessus développée a une répercussion sur la question d'une condamnation globale du profit des deux Sociétés, acceptée par l'arrêt. En effet, il n'existe dans le dossier aucune

as itself is concerned, limit its claim to the moral or material damage directly caused to it.

But at the same time international precedent has laid down that the State may put forward before an international court the claims of its subjects, may "take up" their case, with the result that such claims must then be decided according to international law (see judgments of the Permanent Court of International Justice—*Wimbledon* and *Mavrommatis* affairs).

In this situation the new question arises, since the creation of the International Court, whether the State has the right to take upon itself or at any rate to bring before the Court on its own initiative the claims of individuals.

As regards this point, it appears that there is no reason for assuming that in international law any change has taken place in the general principles which grant to individuals the protection of their property rights. These rights remain always protected, and the putting forward of a particular claim in international proceedings can only be the result of the existence of a tacit or expressed mandate, arising either from a demand or from the consent of the Parties. That such a mandate exists in the present case cannot be doubted. The documents in the case show that the German State is working in full collaboration with the Companies, who have evidently supplied all information in order that the proceedings may have a favourable issue. From what precedes it results that the claims must indeed be granted to the German Government in name, but only as mandatory for the Companies. The Court cannot therefore award the money to Germany without further comment and without considering the question whether the German State can in law make free disposition of the amount of the indemnity as owner, and without the legal obligation to pay it to the parties dispossessed. The position of the Applicant must be regarded as one of mandatory.

\* \* \*

The argument set out above has an effect upon the question of the award of a lump sum in compensation in favour of the two Companies, the system adopted by the judgment. In the

trace de l'existence d'un mandat conférant à l'État allemand le droit de confondre les deux créances. Au contraire, toutes les plaidoiries ont été menées sur la base d'une séparation complète.

La fusion des créances Oberschlesische et Bayerische, prononcée d'office par l'arrêt, ne paraît donc pas trouver un appui en droit. En outre, elle rencontre en fait de grosses difficultés. La créance de la Bayerische est composée d'une partie représentant un pourcentage sur les bénéfices de l'Oberschlesische, mais il existe d'autres créances spéciales, droits résultant de l'administration de l'usine par rapport à d'autres usines réunies en « concern » sous la direction de la Bayerische. En outre, pour les rapports entre les Sociétés, les chiffres sont incommensurables, s'agissant au point de vue financier d'un côté d'un bilan de 1928 de l'Oberschlesische, soit une question de capital, d'un autre côté pour la Bayerische d'une rémunération d'exploitation allant jusqu'en 1941. Il ne paraît donc exister aucune raison pour s'écarter des désirs exprimés des Parties exprimés dans les plaidoiries.

\* \* \*

Pour la question de compensation, l'arrêt a conclu à ce qu'il n'y a pas lieu de statuer, surtout pour la raison qu'en tout cas la question n'a pas été présentée par la défenderesse. Il paraît donc que la compétence est acceptée.

D'autre part, l'arrêt déclare (page 61) : « Il est évident que la question de savoir si le droit international admet la compensation des créances et, dans l'affirmative, quelles sont les conditions dans lesquelles la compensation est admise, est, comme telle, en dehors de la compétence que la Cour puise dans l'article 23 de la Convention de Genève. »

Cet alinéa paraît avoir comme conséquence l'affirmation de l'incompétence pour traiter le litige lui-même.

Il paraît cependant que la Cour, compétente pour juger sur la créance en litige, aura aussi le droit de juger sur les

documents there is indeed no trace of the existence of a mandate conferring on the German State the right to lump together the two claims. On the contrary, the whole of the pleadings were conducted on the basis of a complete separation.

The amalgamation of the claims of the Oberschlesische and Bayerische, officially declared by the judgment, seems therefore to have no support in law. And further, in fact, it meets with great difficulties. The claim of the Bayerische is composed of one part representing a percentage on the profits of the Oberschlesische; but there are other special claims, rights resulting from the management of the factory in relation to other factories united in a consortium under the direction of the Bayerische. As regards the relations between the two Companies, the figures cannot be compared; for from a financial point of view we have on the one hand a balance sheet for the Oberschlesische for 1928, or a question of capital, and on the other hand, for the Bayerische, a remuneration for the exploitation running as far as 1941. There seems therefore to be no reason for departing from the express wishes of the Parties set out in the pleadings.

\* \* \*

As regards the question of set-off, the judgment has concluded that there was no ground for deciding it, especially because, in any case, the matter had not been raised by the Respondent. It appears therefore that the Court decides that it has jurisdiction.

On the other hand, the judgment states (page 61) that: "It is clear that the question whether international law allows claims to be set off against each other and if so under what conditions such set-off is permitted is in itself outside the jurisdiction derived by the Court from Article 23 of the Geneva Convention."

This paragraph appears to have for consequence a declaration of want of jurisdiction to deal with the dispute itself.

It appears however that the Court, which has jurisdiction as regards the sums in dispute, will also have the right to

exceptions. A celles-ci, visant l'extinction de la créance, paraît se joindre le constat d'un état de compensation qui fait disparaître la créance. Dans le droit international, aucun principe ne peut être soulevé qui établirait à ce sujet une différence entre le droit national et international.

(Signé) D. G. NYHOLM.

---

hear and determine the objections. To those which relate to the extinction of the credit claimed may be added the declaration of a set-off which cancels out the credit. In international law no principle can be raised which would establish on this subject a difference between national and international law.

(Signed) D. G. NYHOLM.