OPINION DISSIDENTE DE M. EHRLICH

Je regrette de me trouver en désaccord sur quelques-unes des questions tranchées par l'arrêt qui vient d'être rendu.

I.

A mon avis, la Cour aurait dû faire état de l'arrêt rendu par le Tribunal civil de Katowice.

*

Les Parties sont d'accord, et il résulte en outre des principes généralement reconnus dans la jurisprudence arbitrale, qu'il s'agit, dans des cas comme le présent, d'évaluer non pas l'enrichissement du défendeur, mais le préjudice subi par des personnes déterminées. Ces personnes étant, en l'espèce, la Bayerische et l'Oberschlesische, le défendeur a soutenu, entre autres choses, que l'Oberschlesische n'était pas propriétaire des terrains et bâtiments qui avaient été inscrits à son nom au registre foncier depuis le mois de janvier 1920 jusqu'à la radiation, en 1922, de cette inscription d'après la loi polonaise de 1920.

Or, je suis d'avis que cette thèse du défendeur ne peut être rejetée ni à cause des constatations que la Cour a faites dans son Arrêt n° 7, ni à cause de celles qu'elle a faites dans son Arrêt n° 8.

*

L'arrêt qui vient d'être rendu ne dit pas, il est vrai, qu'il y ait chose jugée ; c'est à juste titre qu'il ne le dit pas, car il est bien certain, pour ne mentionner que l'affaire du Fonds pieux des Californies, qu'en droit international il faut, pour qu'il y ait chose jugée, entre autres conditions, « identité de la matière », et que le point dont il s'agit doit concerner « le fond du litige » à propos duquel il y aurait chose jugée. Il est évident que la question de la propriété de l'Oberschlesische ne

DISSENTING OPINION BY M. EHRLICH.

I regret that I disagree on some of the questions decided by the judgment which has just been given.

I.

In my opinion, the Court should have taken into consideration the judgment given by the Civil Court of Katowice.

*

The Parties are agreed, and moreover it follows from the principles generally applied by arbitral tribunals, that in cases like the present the basis of the award must be found, not in the enrichment of the Respondent, but in the loss suffered by the individuals concerned. In this case these are the Bayerische and Oberschlesische, and the Respondent has contended, among other things, that the Oberschlesische was not the owner of the lands and buildings which were entered in its name in the land register, from January, 1920, until this entry was vacated, in 1922, in accordance with the Polish law of 1920.

In my opinion this contention of the Respondent cannot be rejected on the basis of what the Court has said either in Judgment No. 7 or in Judgment No. 8.

*

The judgment which has just been given does not, it is true, rely on *res judicata;* this is correct, for it is quite certain, to mention only the case of the Pious Fund of the Californias, that in international law, one of the conditions on which the existence of *res judicata* is dependent is that there must be "identity of subject matter" and that the point which was decided must relate to the "merits of the case". It is evident that in the proceedings concluded by Judgment

concernait pas, dans la procédure terminée par l'Arrêt n° 7, le fond du litige, mais qu'elle était une question à résoudre d'une manière préliminaire et incidente. C'est d'ailleurs ce que la Cour a dit dans son Arrêt n° 7 :

> « Il faut constater ensuite que la Cour, en exercice de la juridiction visée par l'article 23 de la Convention de Genève, n'examinera qu'en tant qu'un point incident ou préliminaire la question de l'existence éventuelle de droits au regard de la législation allemande. »

La législation allemande était mentionnée parce que c'est le droit civil allemand qui, en Haute-Silésie polonaise, régit les questions de propriété foncière dont il s'agit.

La Cour a maintenu le même point de vue dans son Arrêt n° 11 en rappelant que, dans son Arrêt n° 7, elle avait constaté la nécessité de trancher, « bien que comme un point incident et préliminaire », la question relative au caractère fictif et frauduleux, selon la thèse polonaise, du contrat de 1919 et du transfert de l'usine à l'Oberschlesische.

Or, il est généralement reconnu qu'il n'y a ni litispendance ni chose jugée pour autant qu'il s'agisse de points incidents et préliminaires.

Sans constater l'existence de la chose jugée, l'arrêt qui vient d'être rendu déclare qu'il n'est pas possible que le droit de l'Oberschlesische à l'usine de Chorzów soit apprécié d'une manière différente pour les besoins de l'Arrêt n° 7 et par rapport à la demande en réparation basée sur cet arrêt.

Sur ce point, je ne suis pas d'accord. Il est vrai que des faits allégués par une Partie et acceptés par la Cour comme base directe ou indirecte de sa décision ne sauraient être contestés par la même Partie dans une procédure ultérieure ; de même, une règle de droit appliquée comme déterminante par la Cour dans une affaire devrait, d'après le principe *stare decisis*, être appliquée par la Cour, autant que possible, dans ses décisions postérieures. Mais il est parfois nécessaire d'apprécier la même situation de fait d'une manière différente lorsqu'il s'agit d'une procédure différente, ayant un objet différent et, par là, exigeant une méthode différente.

No. 7, the question of the ownership of the Oberschlesische was not a part of the main dispute, but that it was a question to be decided as a preliminary and incidental point. This is precisely what the Court said in Judgment No. 7:

> "In the next place, it must be observed that the Court, in the exercise of the jurisdiction granted by Article 23 of the Geneva Convention, will not examine, save as an incidental or preliminary point, the possible existence of rights under German municipal law."

German legislation was referred to because, in Polish Upper Silesia, it is German civil law which determines such questions of real property.

The Court maintained the same standpoint in Judgment No. 11, when it recalled that, in Judgment No. 7, it had recognized the necessity of examining, though "as an incidental or preliminary point", the contention of the Polish Government that the contract of 1919 and the transfer of the factory to the Oberschlesische were of a fictitious and fraudulent character.

It is generally admitted that the principles of litispendency and *res judicata* do not apply to questions decided as incidental and preliminary points.

Without however laying down that there is *res judicata*, the judgment which has just been delivered declares that it would be impossible for the Oberschlesische's right to the Chorzów factory to be defined differently for the purposes of Judgment No. 7 and in relation to the claim for reparation which is the subject matter of the present judgment.

On this point I disagree. It is true that facts adduced by one Party and accepted by the Court as the direct or indirect basis of its decision cannot be disputed by the same Party in a subsequent suit; similarly, a rule of law applied as decisive by the Court in one case, should, according to the principle *stare decisis*, be applied by the Court as far as possible in its subsequent decisions. But it may be necessary to view differently the same situation of fact in a different suit, of which the subject matter is different, and in which, consequently, different principles should be applied.

*

Dans la procédure qui s'est terminée par l'Arrêt n° 7, le demandeur a constaté que l'entreprise de Chorzów n'était pas, et dès le commencement (contrat de 1915) n'avait jamais été une entreprise du Reich, que la Bayerische était l'entrepreneur exploitant (Publications de la Cour, Série C, n° 11 — I, pages 351, 159), et il a soutenu, à l'égard de ce qui avait constitué la propriété du Reich jusqu'à 1919-1920, que, même si l'on admettait la nullité de l'acte de 1919,

« les Oberschlesische Stickstoffwerke sont inscrits aux registres fonciers comme propriétaires, et, conformément au paragraphe 891 du Code civil allemand, si, pour une personne, un droit est inscrit auxdits registres, il faut présumer qu'elle est titulaire de ce droit. Et, dans les cas où le contenu du livre foncier n'est pas conforme à la véritable situation juridique, l'intéressé peut demander à la personne inscrite conformément au paragraphe 894, la rectification de l'inscription . . . .
Si donc le Gouvernement polonais estimait que l'acte de 1919 était fictif, pourquoi n'a-t-il pas poursuivi la voie légale que lui ouvre le droit civil en vigueur ? »

Puis, en s'occupant de la question de savoir si l'acte de 1919 était soit fictif soit fait *in fraudem creditorum*, le demandeur soulignait :

« La conséquence la plus favorable pour le Gouvernement polonais serait donc qu'il pourrait intenter une action contre les Oberschlesische Stickstoffwerke concluant à ce qu'elles lui transfèrent la propriété des immeubles acquise par elles en vertu d'un acte frauduleux. »

C'est en conformité avec ces thèses du demandeur que la Cour a dit, dans son Arrêt n° 7 :

> « Dans le cas actuel, la Cour est, en effet, d'avis que le droit de propriété de l'Oberschlesische sur l'usine de Chorzów doit être considéré comme établi, son inscription dans cette capacité au registre foncier ayant été dûment effectuée. Si la Pologne veut contester la validité de cette inscription, son annulation ne saurait, en tout cas, résulter que d'une décision rendue par la juridiction compétente ; c'est ce qui ressort du principe du respect des droits acquis . . . . »

*

In the proceedings concluded by Judgment No. 7, the Applicant said that the Chorzów undertaking was not and had never been from the outset (contract of 1915) an enterprise of the Reich, that the Bayerische was the business concern which worked it (Publications of the Court, Series C., No. 11—I, pages 351, 159), and the Applicant maintained, as to what had been the property of the Reich until 1919-1920, that even admitting the nullity of the contract of 1919,

"the Oberschlesische Stickstoffwerke were entered in the land registers as owners and, in accordance with paragraph 891 of the German Civil Code, if a right is entered in those registers in favour of a certain person, the presumption is that that person is the possessor of the right. And should the contents of the registers not be in accordance with the real situation at law, the interested Party may, under paragraph 894, call upon the person entered to have the entry rectified. . . . .
If therefore the Polish Government considered that the contract of 1919 was fictitious, why did it not resort to the legal remedy afforded by the Civil law in force?"

Then, dealing with the question whether the contract of 1919 was fictitious, or concluded *in fraudem creditorum*, the Applicant insisted that:

"The most favourable result for the Polish Government would therefore be that it could bring an action against the Oberschlesische for the transfer to it of the ownership in the immovable property obtained by the Oberschlesische under a fraudulent contract."

It is in accordance with these contentions of the Applicant that the Court, in Judgment No. 7, has said:

> "In the present case, in fact, the Court holds that the Oberschlesische's right of ownership of the Chorzów factory must be regarded as established, its name having been duly entered as owner in the land register. If Poland wishes to dispute the validity of this entry, it can, in any case, only be annulled in pursuance of a decision given by the competent tribunal; this follows from the principle of respect for vested rights . . . ."

L'Arrêt n° 7, en tant qu'il se réfère à la question de Chorzów, constate, comme il avait déjà été constaté dans l'Arrêt n° 6, que l'entreprise de Chorzów était une entité dont l'usine, appartenant d'abord au Reich et ensuite à l'Oberschlesische, n'était qu'un des éléments ; partant, l'entreprise comme telle ne tombait pas sous le coup de l'article 256 du Traité de Versailles. L'Arrêt n° 7 constate en outre, au sujet de l'Oberschlesische, d'une part que la vente faite à cette dernière par le Reich était admissible au point de vue du droit international ; d'autre part, comme il a été dit ci-dessus, que l'inscription en faveur de l'Oberschlesische a été portée au registre foncier et, de ce fait, que, faute de décision contraire du tribunal national compétent, il est nécessaire de présumer que le droit de l'Oberschlesische est établi. Le motif « son inscription dans cette capacité au registre foncier ayant été dûment effectuée » suffit pour constater que, quoique la Convention de Genève ait été violée par le manque à respecter les règles du droit civil à l'égard de cette inscription, ce n'est que dans ce manque que réside la violation de la Convention de Genève à cet égard.

*

La violation de la Convention de Genève ne saurait être effacée *ex post* par une décision qui aurait dû précéder la radiation des droits de l'Oberschlesische du registre foncier. C'est là tout ce qu'on peut déduire de l'Arrêt n° 7 au sujet des décisions ultérieures de tribunaux nationaux compétents. Comme l'a encore dit l'Arrêt n° 8, un examen du droit de propriété

> « afin de justifier, après coup, cette dépossession, ne saurait effacer une violation qui a déjà eu lieu de la Convention de Genève, ni affecter la compétence de la Cour. »

Mais il ne s'agit pas, dans la présente procédure, de décider si la violation était justifiée ou si elle a été effacée. Sur ces deux points, il y a chose jugée ; les deux Parties sont d'accord que l'Arrêt n° 7, en tant qu'il constate la violation de la

Judgment No. 7, in so far as it relates to the Chorzów case, says, as had already been said in Judgment No. 6, that the Chorzów undertaking was an entity of which the factory, which belonged at first to the Reich and afterwards to the Oberschlesische, was only one constituent part; consequently, the undertaking as such did not fall within the scope of Article 256 of the Treaty of Versailles. Judgment No. 7 also says in regard to the Oberschlesische, first, that the sale to the latter by the Reich was permissible from the point of view of international law, and, secondly, as has been said above, that the name of the Oberschlesische had been entered in the land register and that as a result of this, in the absence of a decision to the contrary by the competent municipal court, the presumption was that the right of the Oberschlesische was established. The reason expressed in the words "its name having been duly entered as owner in the land register" suffices to establish that, while the Geneva Convention may have been violated by the failure to observe the rules of municipal law regarding this entry, it is in this failure alone that the violation of the Geneva Convention consists in this respect.

*

The violation of the Geneva Convention cannot be effaced *ex post facto* by a decision which should have preceded the vacation of the rights of the Oberschlesische on the land register. That is all that is to be deduced from Judgment No. 7 as regards subsequent decisions of competent municipal courts. As is also said in Judgment No. 8, an examination of the right of ownership

> "in order to justify such dispossession after it has taken place, cannot undo the fact that a breach of the Geneva Convention has already taken place, or affect the Court's jurisdiction."

But, in the present proceedings, there is no question of deciding whether the breach was justified, or whether it has been effaced. These two points are *res judicata:* both Parties agree that Judgment No. 7, in so far as it decides that there

Convention de Genève, ne peut pas être mis en doute, et le défendeur ne s'est référé à aucune possibilité d'effacer cette violation.

Il s'agit d'une question toute différente, celle de savoir, entre autres choses, quel est le véritable préjudice subi par l'Oberschlesische. Or, aucune constatation, dans l'Arrêt n° 7, ne s'oppose à une constatation ultérieure, à faire par les tribunaux compétents et à prendre en considération par la Cour, sur l'existence et l'étendue de droits patrimoniaux sous le régime du droit national. Il n'y a, dans l'Arrêt n° 7, pour ne pas se borner à son dispositif, aucune constatation qui pourrait sembler erronée ou infirmée, si la Cour voulait faire état, dans la procédure actuelle, de la décision du Tribunal de Katowice du 12 novembre 1927, décision rendue d'après les règles du Code allemand de procédure civile, en vigueur en Haute-Silésie polonaise, et qui, partant, ayant été rendue par défaut, n'est pas motivée. Le fait que les constatations dont il s'agit, contenues dans l'Arrêt n° 7, étaient conçues seulement pour les besoins du cas qui était alors devant la Cour, résulte encore avec évidence de l'Arrêt (interprétatif) n° 11 où il est dit au sujet de la réserve commençant par les mots « Si la Pologne veut.... » :

> « Si, de l'emploi du verbe [veut] au temps présent, on peut conclure que la Cour a envisagé la possibilité, pour la Pologne, d'instituer, même après l'arrêt, une procédure en vue d'obtenir l'annulation de l'inscription par une décision des tribunaux nationaux compétents, il serait contraire à tout le raisonnement d'y voir une réserve dans ce sens que les effets obligatoires de l'arrêt rendu et spécialement du paragraphe n° 2 *a*) du dispositif (« que l'attitude du Gouvernement polonais vis-à-vis des Sociétés anonymes Oberschlesische Stickstoffwerke et Bayerische Stickstoffwerke n'était pas conforme aux dispositions des articles 6 et suivants de la Convention de Genève ») doivent dépendre du résultat d'une telle procédure instituée ultérieurement. »

La même conclusion résulte du fait que le dispositif de l'Arrêt n° 11 constate la déclaration définitive de la propriété de l'Oberschlesische (dans l'Arrêt n° 7) avec force obligatoire « dans le cas décidé ».

has been a breach of the Geneva Convention, cannot be called in question, and the Respondent has not referred to any possibility of making good this breach.

The question to be decided now is entirely different. It is this: what was the loss actually sustained by the Oberschlesische? There is nothing in Judgment No. 7 to prevent a subsequent decision by the competent tribunals, as to the existence and extent of property rights at municipal law, nor is there anything to prevent such a decision being taken into account by the Court. There is neither in the operative part nor anywhere else in Judgment No. 7 anything which might come either to appear erroneous or to be invalidated, if the Court, in the present case, were to take into account the decision of the Tribunal of Katowice of November 12th, 1927. Incidentally, that decision was given in accordance with the terms of the German Code of Civil Procedure which is in force in Polish Upper Silesia, and therefore, having been rendered by default, does not contain a statement of the grounds on which it is based. The fact that the passages in question in Judgment No. 7 were not made solely with regard to the case then before the Court, clearly appears also from the interpretative Judgment No. 11 which says in regard to the passage beginning "If Poland wishes. . .":

> "Though from the use of the present tense it may be concluded that the Court had in view the possibility of the institution by Poland, even after the judgment, of proceedings with a view to obtaining the annulment of the entry by means of a decision of the competent municipal tribunals, it would be contrary to the whole of the reasoning to construe it as a reservation implying that the binding effect of the judgment given—and more especially of paragraph 2 (*a*) of the operative part thereof ("that the attitude of the Polish Government in regard to the Oberschlesische Stickstoffwerke and Bayerische Stickstoffwerke Companies was not in conformity with Article 6 and the following articles of the Geneva Convention")—were to depend on the result of such proceedings instituted subsequently."

The same conclusion is indicated by the fact that the operative part of Judgment No. 11 definitely affirms that a declaration of the ownership of the Oberschlesische had been made (in Judgment No. 7) with binding effect "in respect of that particular case".

II.

A mon avis, la Cour aurait dû donner suite aux exceptions du défendeur basées sur l'avis que les droits du Reich soit dans l'entreprise de Chorzów soit sur les actions sont passés à la Pologne en vertu de l'article 256 du Traité de Versailles.

*

Je crois que le Reich est le propriétaire des actions de l'Oberschlesische.

Je ne puis pas me rallier au point de vue selon lequel la question de la propriété des actions serait, non pas, il est vrai, chose jugée, en vertu de l'Arrêt n° 7, mais préjugée par ledit arrêt. Tout ce qui est dit, dans l'Arrêt n° 7, sur la question de la Treuhand comme propriétaire, se trouve dans une remarque incidente, dans le contexte suivant :

> « C'était aussi la Bayerische qui, avec le concours d'une autre Société, la *Deutsche Petroleum A.-G.*, avait fondé la Treuhand, propriétaire de toutes les actions de l'Oberschlesische, et l'achat de l'usine par cette dernière [l'Oberschlesische] peut donc être considéré en quelque sorte comme l'exécution, modifiée selon les circonstances, du droit d'achat appartenant, d'après le contrat du 5 mars 1915, à la Bayerische, laquelle ne disposait pas, à elle seule, des fonds nécessaires. »

*

Le 24 décembre 1919 furent conclus simultanément :

1) le contrat de société d'une nouvelle société à responsabilité limitée (ci-après désignée Treuhand), au capital social de 300.000 marks, augmenté le même jour à 1.000.000 de marks ;

2) le contrat de société d'une nouvelle société par actions (ci-après désignée Oberschlesische), au capital social de 250.000 marks, augmenté le même jour à 110.000.000 de marks ;

II.

In my opinion, the objections of the Respondent based on the view that the rights of the Reich both in the Chorzów enterprise and in the shares (of the Oberschlesische) have passed to Poland under Article 256 of the Treaty of Versailles, should have been upheld.

*

I hold that the Reich is owner of the shares of the Oberschlesische.

I cannot accept the view that the question of the ownership of the shares is—though not *res judicata* in virtue of Judgment No. 7—no longer an open question since that judgment. All that is said in Judgment No. 7 on the question of the Treuhand as owner, is to be found in an incidental observation in the following context :

> "Moreover, it was the Bayerische which, in conjunction with another Company, the *Deutsche Petroleum A.-G.*, had founded the Treuhand which owned all the shares of the Oberschlesische; and the purchase of the factory by the latter may therefore be regarded, in a sense, as the exercise, modified in accordance with circumstances, of the right of purchase possessed under the contract of March 5th, 1915, by the Bayerische which, by itself, had not the necessary funds at its disposal."

*

On December 24th, 1919, were concluded simultaneously :

(1) the memorandum of association of a new limited liability company (hereinafter called the Treuhand) with a share capital of 300,000 marks, increased the same day to 1,000,000 marks ;

(2) the memorandum of association of a new joint stock company (hereafter called the Oberschlesische) with a share capital of 250,000 marks, increased the same day to 110,000,000 marks ;

3) un contrat entre le Reich, l'Oberschlesische et la Treuhand, par lequel le Reich abandonnait (*überlässt*) à l'Oberschlesische l'usine de Chorzów ; le contrat déterminait les principes d'après lesquels on devait calculer le prix d'achat (*Überlassungspreis*), et ajoutait que ce prix représentait, d'après les documents justificatifs existant alors, environ 110.000.000 de marks, et que, sur cette somme, on compterait des intérêts au taux de 5 % à dater du 31 décembre 1919. Le contrat continuait :

« § 3. — Le prix d'achat (*Kaufpreis*) et les intérêts seront amortis de la manière qu'on versera au Reich la totalité du bénéfice net résultant du bilan (de l'Oberschlesische). »

Ayant ajouté qu'un amortissement plus fort serait en tout temps admissible, le contrat procédait :

« § 4. — La Treuhand reprend au lieu de (l'Oberschlesische) comme débiteur unique et seul, dans la mesure des dispositions ci-dessous stipulées, toutes les obligations que ce contrat impose à (l'Oberschlesische) à l'égard du Reich.

§ 5. — Les intérêts et le capital du prix d'achat lui-même seront amortis exclusivement par le paiement au Reich des parts de bénéfice sur les actions (de l'Oberschlesische) .... »

Le contrat stipulait, en outre, que l'Oberschlesische élèverait son capital au moins à une somme égale au prix d'achat de l'usine, et que, en garantie des créances appartenant au Reich en vertu de ce contrat, la Treuhand

« s'engage à procurer au Reich le droit de gage sur toutes les actions de l'Oberschlesische existant après cette augmentation, en ce sens que le Reich sera autorisé à exercer lui-même tous les droits découlant de la possession des actions, et en particulier le droit de vote dans l'assemblée générale ».

Le Reich se déclarait d'accord, en tant que titulaire (*Inhaber*) des actions, pour maintenir les droits contractuels de la Bayerische découlant des contrats antérieurs entre le Reich et la Bayerische. La Treuhand pouvait payer à tout moment, en tout ou en partie, le capital et les intérêts, et si une partie du prix d'achat était remboursée, les actions à capital nominal correspondant au versement seraient libérées du gage, tandis que la réduction du capital par le paiement des bénéfices de l'Oberschlesische ne libérerait aucune action du gage. Mais,

(3) a contract between the Reich, the Oberschlesische and the Treuhand, by which the Reich left over to the Oberschlesische the Chorzów factory; the contract laid down the principles on which the purchase price (*Überlassungspreis*) was to be calculated, and added that this price represented, according to the documentary evidence then existing, about 110,000,000 marks, and that on this sum would be reckoned interest at 5 % from December 31st, 1919. The contract continued as follows:

"§ 3.—The purchase price (*Kaufpreis*) and the interest will be liquidated by paying to the Reich the whole of the net profit shown by the balance sheet (of the Oberschlesische).

After adding that larger payments in liquidation of the debt would be permissible at any time, the contract proceeded:

"§ 4.—The Treuhand will assume in place of the Oberschlesische, as sole debtor, in accordance with the provisions laid down above, all the obligations imposed by their contract upon the Oberschlesische in respect of the Reich.

§ 5.—The interest and capital of the purchase price shall be liquidated exclusively by the payment to the Reich of the profits on the shares (of the Oberschlesische) . . . ."

The contract also stipulated that the Oberschlesische should increase its capital to a sum equal to the purchase price of the factory and that as guarantee for the claims of the Reich under this contract, the Treuhand should

"undertake to obtain for the Reich a lien on all existing shares of the Oberschlesische after this increase, with the effect that the Reich will be authorized itself to exercise all rights derived from the possession of the shares and especially the right to vote at general meetings of shareholders".

The Reich agreed, in its capacity as holder (*Inhaber*) of the shares, to maintain the rights of the Bayerische resulting from previous contracts between the Reich and the Bayerische. The Treuhand might at any time pay the whole or a part of the capital and interest and, if a part of the purchase price were refunded, shares of a nominal value corresponding to the payment would be released from the lien, whereas the reduction of the capital sum by the payment of the profits of the Oberschlesische would liberate no shares from the lien. But—

continuait le contrat, les Stickstoffwerke (expression employée dans le contrat pour désigner l'Oberschlesische)

« ne pourront réclamer la remise des actions que dans le cas et dans la mesure où ils vendraient des actions à un tiers avec l'assentiment du Reich. Jusqu'à ce moment, les actions restent en la possession du Reich, qui continue à exercer tous les droits découlant de la possession des actions, y compris le droit de vote dans les assemblées générales. »

Le contrat stipule qu'une aliénation (vente, transfert, mise en gage, apport, mise en location, octroi d'un droit de jouissance, « en résumé, toute espèce d'utilisation ») des actions ou d'une partie des actions ne serait autorisée, même après l'expiration du droit de gage, qu'avec l'assentiment du Reich, et que, en garantie de l'exécution de cette obligation, le Reich conserverait la possession des actions même après l'expiration du droit de gage.

Il y avait aussi des stipulations concernant la vente des actions par le Reich, auquel cas la Treuhand pouvait se déclarer prête à acquérir (*erwerben*) les actions au même prix que le Reich était prêt à accepter, et, si elle ne le déclarait pas, devait obtenir les 10 % du surplus résultant après déduction du capital et de l'arriéré des intérêts du prix de l'usine ; si, par contre, la Treuhand voulait aliéner les actions ou une partie d'entre elles, ce qu'elle ne pourrait jamais faire sans le consentement du Reich, le Reich obtiendrait du prix d'achat le montant total de son capital et l'arriéré des intérêts, plus les 85 % du surplus, le reste du surplus revenant à la Treuhand.

Les actions de l'Oberschlesische étaient des actions au porteur (*Inhaberaktien*) ; la Treuhand n'est jamais désignée dans le contrat comme propriétaire des actions ; elle ne pouvait les obtenir, même après avoir payé la somme totale du gage avec tous les intérêts, que moyennant une « acquisition » (*Erwerben*), si le Reich voulait les vendre et si la Treuhand se prévalait du droit de préemption ; elle ne pouvait rien décider au sujet de la vente des actions sans l'assentiment du Reich ; par contre, si le Reich voulait les aliéner, la Treuhand n'avait qu'un droit de préemption ; la Treuhand ne pouvait exercer des droits d'actionnaire qu'après avoir « acquis » les actions dans les conditions ci-dessus mentionnées ou que par autorisation

the contract proceeded—the Stickstoffwerke (a designation used in the contract to denote the Oberschlesische)

"can only claim the handing over of the shares if and in so far as they may sell shares to a third party with the consent of the Reich. Until such time the shares will remain in possession of the Reich, which will continue to exercise all rights derived from possession of the shares, including the right to vote at general meetings of shareholders."

The contract lays down that any alienation (sale, transfer, pledging, pooling, leasing, or grant of a right to receive dividends, in short, any kind of disposal) of the shares or of a part thereof will only be permitted, even after the expiration of the lien, with the consent of the Reich, and that, as a guarantee of compliance with this obligation, the Reich will retain possession of the shares even after the expiration of the lien.

Finally, there were provisions concerning the sale of the shares by the Reich, in which case the Treuhand might declare its readiness to acquire (*erwerben*) the shares at the price which the Reich was prepared to accept, and if the Treuhand made no such declaration, it was to receive 10 % of the surplus remaining after deduction of the capital sum and of the arrears of interest of the price of the factory; if, on the other hand, the Treuhand wished to dispose of the shares or a part thereof, which it could never do without the consent of the Reich, the Reich was to obtain out of the purchase price the total sum due to it and the arrears of interest plus 85 % of the surplus, the remainder of the surplus going to the Treuhand.

The shares of the Oberschlesische were shares to bearer (*Inhaberaktien*); the Treuhand was never mentioned in the contract as owner of the shares; it could only obtain them, even after having paid the whole of the debt with all interest, by acquiring (*erwerben*) them if the Reich were willing to sell them and if it (the Treuhand) availed itself of the right of preemption; it could decide nothing as to the sale of the shares without the Reich's consent; if on the other hand the Reich wished to dispose of them, the Treuhand had only a right of preemption; it could not exercise the rights of a shareholder, until it had "acquired" the shares under the conditions indicated or by permission (by sufferance) of the

(souffrance) du Reich. Par contre, le Reich restait toujours et dans toutes conditions le titulaire des actions (*Inhaber* des *Inhaberaktien*) jusqu'au moment où il se déciderait à les aliéner.

Une société à responsabilité limitée ne pouvait garantir au Reich une créance se montant à 110 fois le capital social de la société qui venait d'être formée ; en tous cas, la Treuhand n'avait aucune autre responsabilité vis-à-vis du Reich que celle d'obtenir pour lui les actions de l'Oberschlesische, ce qu'elle a pu accomplir en principe, le même jour et au même lieu, sans aucune dépense. En dehors du droit de préemption dont il a été fait mention, la Treuhand n'avait qu'un droit hypothétique à une commission. En effet, c'est dans le Mémoire même du Gouvernement demandeur dans l'affaire terminée par l'Arrêt n° 7, que la différence de 5 % a été caractérisée comme une « commission » (Publications de la Cour, Série C, n° 11 — I, page 356). Il va sans dire qu'un propriétaire ne reçoit pas de commission sur la vente de sa propriété.

*

Si même on voulait nier que le Reich ait été le propriétaire des actions de l'Oberschlesische, on ne pourrait pas nier qu'il avait un droit d'antichrèse complet et perpétuel, en vertu duquel il était, vis-à-vis de toute tierce personne, le propriétaire. La seule limitation, celle de maintenir une certaine direction pour un temps limité, ne saurait être considérée comme obligation réelle, mais comme obligation purement personnelle, qui ne saurait changer la position du Reich en tant que véritable actionnaire.

*

La question du prétendu contrôle du Reich sur l'Oberschlesische n'a pas été préjugée par l'Arrêt n° 7.

Tout ce qu'on trouve à ce sujet dans l'Arrêt n° 7 se borne aux deux alinéas suivants :

> « Dans un ordre d'idées analogue, on pourrait encore examiner la question de savoir si l'Oberschlesische, vu les droits que le contrat du 24 décembre 1919 confère au Reich à son égard, doit être considérée comme contrôlée

Reich. On the other hand, the Reich was always, in all circumstances, to remain holder of the shares (*Inhaber* of the *Inhaberaktien*) until the moment when it decided to alienate them.

A limited liability company which had just been formed could hardly guarantee to the Reich a debt amounting to 110 times its capital. At all events, the Treuhand's only responsibility towards the Reich was to obtain for it the shares of the Oberschlesische, a thing which it was able in principle to do there and then at no expense. Over and above the right of preemption which I have mentioned, the Treuhand had only a hypothetical right to a commission. Indeed, it is in the Case of the applicant Government in the proceedings concluded by Judgment No. 7 that the difference of 5 % has been described as a "commission" (Publications of the Court, Series C., No. 11—I, page 356). It is obvious that an owner does not receive commission on the sale of his own property.

*

Even if it be sought to deny that the Reich was owner of the shares of the Oberschlesische, it is impossible to deny that it had a complete and perpetual right of antichresis in virtue of which it was the owner in so far as all third parties were concerned. The only restriction upon it, namely the obligation to maintain the management in certain hands for a limited time, cannot be looked upon as a real obligation, but as a purely personal obligation, which cannot affect the position of the Reich as the actual shareholder.

*

The question of the alleged control of the Reich over the Oberschlesische has been left open by Judgment No. 7.

All that is to be found on the subject in Judgment No. 7 is confined to the two following paragraphs:

> "In a similar connection, the further question might be examined whether the Oberschlesische, having regard to the rights conferred by the contract of December 24th, 1919, on the Reich in respect of that Company, should be regarded as

par ce dernier et, au cas où cette hypothèse se trouverait réalisée, quelles conséquences pourraient en découler pour l'application de la Convention de Genève.

Cet examen ne s'impose cependant pas à la Cour. La Partie défenderesse, partant du point de vue qu'aucune mesure de liquidation n'aurait été prise par le Gouvernement polonais à l'égard de l'usine de Chorzów, n'a pas soulevé cette question, même à titre subsidiaire, et il semble qu'elle ne conteste pas, abstraction faite de la thèse de la fictivité des actes du 24 décembre 1919, que l'Oberschlesische soit une société contrôlée par des ressortissants allemands. »

Il ressort de ces alinéas que la Cour n'a pas examiné dans son Arrêt n° 7 la question du contrôle ; il en ressort, en outre, qu'il « semblait » que la Pologne ne contestait pas la thèse du contrôle de l'Oberschlesische par des ressortissants allemands et non par le Reich. Même si la Cour s'était occupée de cette question, ce ne serait que comme d'un point incident et préliminaire ; par conséquent, même si la Cour avait décidé ce point, sa décision ne saurait revêtir la force de chose jugée ; à plus forte raison, puisque la défenderesse n'a pas soulevé ce point incident et préliminaire, il est impossible d'estimer que par là même elle se soit privée de la possibilité de jamais le soulever.

Or, même si l'on admettait que le Reich n'ait pas été propriétaire des actions de l'Oberschlesische, il resterait encore vrai que cette Société était contrôlée exclusivement par le Reich. Il serait difficile de s'imaginer un cas de contrôle du Reich plus évident que celui d'une société dont toutes les actions, qui sont des actions au porteur, resteraient entre les mains du Reich, qui aurait tous les droits d'actionnaire, pour toujours (sauf la possibilité de vente à son gré, auquel cas il recevrait le prix de vente à peu près entier), les droits du Reich n'étant entravés que d'une obligation contractuelle de maintenir une certaine direction de l'entreprise objet de la société, pendant un laps de temps déterminé.

*

Les droits du Reich tombent sous le coup de l'article 256 du Traité de Versailles, dont l'alinéa premier porte :

controlled by the Reich and, should this be the case, what consequences would ensue as regards the application of the Geneva Convention.

It is, however, not necessary for the Court to go into this question. The Respondent, who adopts the standpoint that no measure of liquidation has been taken by the Polish Government in respect of the Chorzów factory, has not raised it, even as a subsidiary point, and it would seem that he does not dispute—apart from the argument regarding the fictitious character of the agreements of December 24th, 1919—the fact that the Oberschlesische is a company controlled by German nationals."

It appears from these paragraphs that the Court had not considered the question of control in Judgment No. 7. It also appears that it "seemed" that Poland did not dispute the contention that the Oberschlesische was controlled by German nationals and not by the Reich. Even if the Court had dealt with this question, it would only have dealt with it as with an incidental and preliminary point; consequently, even if the Court had decided the point, its decision would not have the force of *res judicata; a fortiori*, it is impossible to argue that because the Respondent did not raise this incidental and preliminary point, it was thereby debarred from ever raising it.

Even admitting for the sake of argument that the Reich was not the owner of the Oberschlesische's shares, it would still be true that that Company was exclusively controlled by the Reich. It would be difficult to conceive a clearer case of control by the Reich than that of a company of which all the shares, and bearer shares at that, remained in the hands of the Reich which had all the rights of a shareholder in perpetuity, subject only to the possibility of sale if it saw fit, in which case it would receive practically the whole sale price, these rights of the Reich being limited only by a contractual obligation to maintain in certain hands, and for a certain time, the management of the works owned by the Company.

*

The rights of the Reich fall within the scope of Article 256 of the Treaty of Versailles of which paragraph 1 is as follows:

« Les Puissances cessionnaires de territoires allemands acquerront tous biens et propriétés appartenant à l'Empire ou aux États allemands et situés dans ces territoires. La valeur de ces acquisitions sera fixée par la Commission des Réparations et payée par l'État cessionnaire à la Commission des Réparations pour être portée au crédit du Gouvernement allemand à valoir sur les sommes dues au titre des réparations. »

L'interprétation de cet article, telle qu'on la trouve dans l'Arrêt n° 7, n'a pas la force de chose jugée.

En se déclarant compétente pour connaître de l'affaire terminée par l'Arrêt n° 7, la Cour disait, dans son Arrêt n° 6 :

« Il est vrai que l'application de la Convention de Genève ne sera guère possible sans qu'on interprète l'article 256 du Traité de Versailles et les autres stipulations internationales invoquées par la Pologne. Mais il ne s'agit alors que de questions préalables ou incidentes à l'application de la Convention de Genève. »

Ce point de vue répondait à celui du Gouvernement demandeur, au nom duquel il avait été dit, dans une séance durant la discussion de la compétence de la Cour :

« Et s'il [l'article 256] entre en ligne de compte uniquement de ce chef (invocation erronée par le Gouvernement polonais), ce n'est qu'en tant que question préliminaire à résoudre d'une façon incidente. »

*

Si le Reich, ou bien était le seul propriétaire des actions de l'Oberschlesische, ou bien contrôlait l'Oberschlesische, toute la propriété de cette Société en Haute-Silésie polonaise tomberait sous le coup de l'article 256. C'est le cas qui s'est produit.

Mais, même s'il n'en était pas ainsi, les droits du Reich devraient en tout cas être considérés comme situés en Haute-Silésie polonaise.

Il me paraît impossible d'admettre que ces droits puissent être considérés comme consistant entièrement, ou en grande partie, dans la soi-disant créance contre la Treuhand, créance dont le droit de gage sur les actions serait seulement une

"Powers to which German territory is ceded shall acquire all property and possessions situated therein belonging to the German Empire or to the German States, and the value of such acquisition shall be fixed by the Reparation Commission, and paid by the State acquiring the territory to the Reparation Commission for the credit of the German Government on account of the sums due for reparation."

The interpretation of this article as found in Judgment No. 7 has not the force of *res judicata*.

In declaring that it had jurisdiction to deal with the case decided by Judgment No. 7, the Court in Judgment No. 6 said:

"It is true that the application of the Geneva Convention is hardly possible without giving an interpretation of Article 256 of the Treaty of Versailles and the other international stipulations cited by Poland. But these matters then constitute merely questions preliminary or incidental to the application of the Geneva Convention."

This point of view was in accordance with that of the Applicant, on whose behalf the following observation was made during the hearing in regard to the question of jurisdiction:

"And if it [Article 256] is to be taken into consideration solely on this ground (erroneous citation thereof by the Polish Government), it is only as a preliminary question to be decided incidentally."

*

If the Reich either was the sole owner of the shares of the Oberschlesische, or controlled the Oberschlesische, the whole of the property of that Company in Polish Upper Silesia falls under the provisions of Article 256. Such is actually the case.

But, even if this were not so, the rights of the Reich should in any case be regarded as situated in Polish Upper Silesia.

It appears to me impossible to hold that these rights consisted entirely or for the most part, in the so-called claim against the Treuhand, a claim which was only guaranteed by a lien on the shares. The Treuhand was a limited liability

garantie. La Treuhand était une société à responsabilité limitée dont le capital se montait à moins de 1 % du prix de vente ; le bilan de la Treuhand, valorisé en 1924, parle d'un capital de 1.000 RM ; ce ne peut donc pas être là, en bonne raison, une société qui serait débitrice pour une valeur que le Gouvernement demandeur a estimée, dans la procédure actuelle, à une somme en tout cas supérieure à 50.000.000 RM. En outre, la Treuhand, en transmettant au Reich toutes les actions de l'Oberschlesische, s'est débarrassée de toute obligation possible vis-à-vis de lui. Dans la procédure terminée par l'Arrêt n° 7, la Partie demanderesse déclarait que la Treuhand n'était « que la forme juridique pour l'exercice des droits des actionnaires ; elle n'est pas essentielle. On l'a interposée pour avoir un organe spécial pour la vente des actions et, en outre, pour ne pas charger les bilans des autres sociétés de la dette provenant du contrat de vente-achat » (Publications de la Cour, Série C, n° 11 — I, page 241). Il faut rappeler qu'il s'agit d'une société à responsabilité limitée, dont les obligations n'entraîneraient donc pas d'obligations pour les sociétés qui l'avaient fondée.

Le fait que la Treuhand ne se considère point comme débitrice du Reich découle encore du fait que dans son bilan-or, dressé pour la première fois en 1924, on n'a fait état ni des actions de l'Oberschlesische, dont la valeur était considérée fictive, ni de la dette envers le fisc, ce qui est expliqué, dans une lettre de la Treuhand à la Deutsche Bank, soumise à la Cour par la demanderesse, de la manière suivante :

« Il s'ensuit sans autre que le bilan ne peut non plus contenir parmi les passifs une dette envers le Fisc du Reich. La valeur des actions dans le bilan doit être compensée contre la dette. Or, du fait qu'une évaluation des actions dans le bilan n'est pas possible, à raison de l'enlèvement de l'usine, disparaît (*fällt* .... *fort*) aussi notre obligation envers le Fisc du Reich. »

*

Même si l'on admettait qu'il s'agisse d'une véritable créance du Reich vis-à-vis de la Treuhand, on ne saurait nier que ce

company with a capital amounting to less than 1 % of the sale price of the factory; the balance sheet of the Treuhand drawn in 1924, mentioned a capital of 1,000 RM. so that this Company cannot reasonably be held to be indebted for value which the applicant Government has estimated in the present proceedings at a figure in any case exceeding 50,000,000 RM. Furthermore, it does not appear from the contract of 1919 that the Treuhand had any obligation towards the Reich; by handing over to it all the shares of the Oberschlesische, it freed itself from any possible obligation. In the proceedings leading up to Judgment No. 7, the Applicant stated that the Treuhand was "merely a legal device for the exercise of shareholders' rights; it was not essential. It was created in order to provide a special mechanism for the sale of the shares and also so as not to burden the balance sheets of the other companies with the debt arising from the contract of purchase and sale" (Publications of the Court, Series C., No. 11—I, page 241). It must be remembered that the Treuhand was a limited liability company whose obligations would not therefore involve obligations on the part of the companies which formed it.

The fact that the Treuhand does not regard itself as the Reich's debtor also appears from the fact that in its gold-balance sheet drawn up for the first time in 1924, there appear neither the shares of the Oberschlesische, the value of which was considered fictitious, nor the debt to the Treasury. This is explained in a letter from the Treuhand to the Deutsche Bank, submitted to the Court by the Applicant, in the following terms:

"It follows naturally that the balance sheet also cannot include amongst the liabilities, a debt to the Treasury of the Reich. The value of the shares in the balance sheet must be set off against the debt. But since it is impossible to assess the value of the shares in the balance sheet, owing to the seizure of the factory, our obligation towards the Reich Treasury also disappears (*fällt. . . . fort*)."

*

Even admitting for the sake of argument that the Reich had a genuine claim upon the Treuhand, it cannot be denied

serait là un droit véritablement localisé en Haute-Silésie polonaise, puisque l'usine de Chorzów constituait la seule propriété de l'Oberschlesische, et puisque tous les bénéfices nets de l'Oberschlesische et, par suite, tous les bénéfices nets de l'entreprise, sauf peut-être quelques déductions minimes, devaient être versés au Reich, qui, en outre, en vertu de sa position comme seul actionnaire, disposait de toute la propriété de l'Oberschlesische. Il me paraît impossible d'admettre que l'article 256 du Traité de Versailles ne viserait pas une usine située dans un territoire cédé, usine dont tous ou presque tous les bénéfices nets allaient au Reich et sur laquelle le Reich avait en effet tous les droits possibles de propriétaire sauf que, pendant un temps limité, il s'était obligé par un contrat à ne pas changer la direction.

On ne pourrait pas admettre que les droits du Reich ne seraient pas situés en Haute-Silésie, parce qu'ils seraient des droits du Reich vis-à-vis de la Treuhand, dont le siège social est en Allemagne. Car il s'ensuivrait que, contrairement à cè que la Cour a constaté dans son Arrêt n° 7, la Pologne n'a pas exproprié les droits contractuels de la Bayerische, ces droits dérivant des contrats entre la Bayerische et le Reich et, ensuite, entre la Bayerische et l'Oberschlesische, donc entre des sujets qui, d'après l'arrêt qui vient d'être rendu, avaient tous leur siège en Allemagne. La Cour a décidé, dans son Arrêt n° 7, que ces droits contractuels de la Bayerische se rattachaient à l'usine et y étaient pour ainsi dire localisés ; la Cour en a tiré la conclusion qu'ils ne devaient pas être expropriés, vu la dernière phrase de l'article 6 de la Convention de Genève qui porte que, sous certaines réserves, « les biens, droits et intérêts des ressortissants allemands ou de sociétés contrôlées par des ressortissants allemands ne peuvent pas être liquidés en Haute-Silésie polonaise ».

*

L'interprétation de l'article 256 doit s'inspirer du principe de bonne foi, et, par suite, du principe qu'on doit rechercher la vérité des choses et non pas s'arrêter à de pures formes juridiques ; cette interprétation doit aussi faire état des condi-

that that claim would be localized in Polish Upper Silesia, since the Chorzów factory constituted the only property of the Oberschlesische and since all the net profits of the Oberschlesische and consequently all the net profits of the undertaking, except perhaps certain very small deductions, were to be paid to the Reich, which moreover, in virtue of its position as sole shareholder, had the whole of the property of the Oberschlesische at its disposal. It appears to me impossible to deny that the terms of Article 256 of the Treaty of Versailles would apply to a factory situated in ceded territory, a factory of which all or nearly all the net profits went to the Reich and over which the Reich had in fact all possible rights of ownership, except that, for a certain time, it was obliged by a contract not to change the management.

I find it impossible to hold that the rights of the Reich are not situated in Upper Silesia, on the ground that these rights are rights as against the Treuhand, the registered office of which is in Germany. For it would follow that, contrary to what the Court has laid down in Judgment No. 7, Poland has not expropriated the contractual rights of the Bayerische, since these rights were derived from contracts between the Bayerische and the Reich, and later, between the Bayerische and the Oberschlesische, that is to say, between Parties which, according to the judgment just given, were all domiciled in Germany. Yet the Court did decide in Judgment No. 7 that these contractual rights of the Bayerische related to the factory and were so to speak concentrated in that factory. From this the Court drew the conclusion that they should not have been expropriated, having regard to the last sentence of Article 6 of the Geneva Convention, which lays down that, with certain exceptions, "property, rights and interests of German nationals or of companies controlled by German nationals, cannot be liquidated in Polish Upper Silesia".

*

Article 256 must be construed in good faith and consequently in accordance with the principle that the real state of things must be ascertained and that no decisive value must be attached to mere legal forms. Again, the interpretation of this article

tions économiques dont les formes juridiques ne sont qu'une expression. Les formes juridiques, telles que la forme de société par actions, doivent servir des buts de la vie économiques, mais ils ne doivent pas obscurcir des faits économiques. Une société par actions est très étroitement liée à sa propriété ; c'est pourquoi, par exemple, d'après le Code allemand de commerce, en vigueur également en Allemagne et en Haute-Silésie polonaise, une aliénation totale de la propriété de la société entraîne, en principe, la liquidation de la société. Il faut rappeler que les droits de l'Oberschlesische dans l'entreprise de Chorzów étaient sa seule propriété. Pendant et depuis la guerre mondiale, on s'est vu forcé de plus en plus à fixer la nationalité des sociétés par actions d'après les réalités économiques (par exemple, question de contrôle) au lieu de critères formels tels que siège déclaré ou lieu d'enregistrement. Et tout récemment le *House of Lords* s'est refusé à déclarer qu'une société anonyme qui était enregistrée à Londres et y avait un secrétaire, mais dont toute l'activité se concentrait en Égypte, ait été domiciliée (*resident*) en Angleterre. Lord Sumner, qui prononçait le jugement principal, déclarait que la thèse était « trop transcendantale pour être acceptée » (*too transcendental for acceptance. — Egyptian Delta Land and Investment Company, Limited,* v. *Todd*[1]). Il me paraît impossible de nier, aux fins de l'article 256, que le domicile commercial de l'Oberschlesische n'ait été à Chorzów, pourvu qu'on regarde cette société comme propriétaire de l'usine.

*

Je ne saurais me rallier au point de vue selon lequel ce serait la Bayerische qui aurait eu le contrôle sur l'Oberschlesische. Le contrôle est le pouvoir de décision finale revenant à un actionnaire, mais non le pouvoir de désigner, en vertu d'une obligation acceptée par l'actionnaire, la direction ou quelques-uns de ses membres. En outre, l'Oberschlesische a, tout au plus, succédé aux droits du Reich, et la Bayerische a retenu seulement les pouvoirs qui lui revenaient en vertu du contrat avec le Reich ; on ne saurait donc admettre le contrôle

[1] *The Times*, 24 juillet 1928.

must take into account the economic conditions of which legal forms are merely an outward expression. Legal forms such as a joint stock company must serve the objects of economic life, but they must not obscure economic facts. There is no doubt that a joint stock company is very closely bound up with its property; that is why, for instance, according to the German Commercial Code, which is in force both in Germany and in Polish Upper Silesia, a total alienation of the property of a company involves in principle the liquidation of that company. It must be remembered that the rights of the Oberschlesische in the Chorzów undertaking constituted its sole property. During and since the world war, it has been found more and more necessary to define the nationality of joint stock companies in accordance with economic facts (for instance the question of control) instead of by means of formal criteria such as the registered office of the place of registration. Quite recently the House of Lords refused to admit that a company which was registered in London and had a secretary there, but of which the whole commercial activity was carried on in Egypt, was "resident" in England. Lord Sumner, who delivered the leading judgment, declared the argument to be "too transcendental for acceptance" (Egyptian Delta Land and Investment Co., Ltd., v. Todd[1]). It seems to me impossible to deny that for the purposes of Article 256 the commercial domicile of the Oberschlesische was not at Chorzów, assuming that one regards that Company as the owner of the factory.

*

I cannot agree that it is the Bayerische which had control over the Oberschlesische. Control is the power of final decision belonging to the shareholder, but not the power to appoint under an obligation accepted by the shareholder, the board of management or some of its members. Again, since the Oberschlesische has, at the utmost, succeeded to the rights of the Reich and since the Bayerische has only retained the powers held by it under the contract with the Reich, it cannot be argued that the Bayerische had control over the

[1] *The Times*, July 24th, 1928.

de la Bayerische sur le propriétaire de l'usine, car, avant l'Oberschlesische, c'était le Reich qui en était le propriétaire.

III.

A considérer que l'Oberschlesische était en droit propriétaire de l'usine de Chorzów et qu'elle n'était ni identique au Reich en tant que fisc, ni contrôlée par lui, on devrait encore décider qu'elle n'a subi aucun préjudice matériel.

Il n'est pas contesté que si elle avait subi un tel préjudice, on devrait tenir compte de ce préjudice dans la détermination du montant de l'indemnité à payer au Reich.

Mais l'indemnité ne peut comprendre que le montant correspondant au dommage effectivement subi par les personnes dont le préjudice doit, d'après la demande du Gouvernement allemand, servir de base pour l'évaluation de l'indemnité dans la présente affaire. Pour cette raison, on doit exclure le préjudice qu'aurait subi toute tierce personne et notamment le Fisc du Reich, le Gouvernement allemand n'ayant pas demandé à la Cour de considérer le dommage subi par lui-même en tant que fisc. Ce n'est que le préjudice subi par l'Oberschlesische et la Bayerische que la Cour doit évaluer, d'accord avec le principe *non ultra petita*.

Or, le dommage causé à une personne quelconque ne peut être que *quantum ejus interest*. Si deux personnes ont divers droits sur un terrain, l'une en étant propriétaire, l'autre étant le propriétaire d'un fonds au profit duquel il est établi une servitude sur le terrain dont il s'agit, la réparation due à chacune de ces personnes ne serait exprimée que par la valeur de son droit en excluant la valeur des droits de l'autre personne. Il est vrai qu'il ne faut pas exclure le montant des dettes et autres obligations à la charge du lésé ; mais par là on ne peut entendre que les dettes (et autres obligations) personnelles. Par contre, la réparation du dommage causé, par exemple, par la destruction d'une maison ne s'étendrait, qu'il s'agisse du propriétaire, du locataire, du propriétaire du fonds dominant, qu'à la valeur du droit qu'avait cette personne, à l'exclusion des droits réels de toute autre personne.

owner of the factory; for the owner, before the Oberschlesische, had been the Reich itself.

III.

Assuming that the Oberschlesische was legally owner of the factory at Chorzów and that it was neither identical with the Reich as treasury nor controlled by it, it must also be held that the Oberschlesische has suffered no material damage.

It is not disputed that if it had suffered such damage, this should have been taken into account in fixing the amount of the indemnity to be paid to Germany.

But the indemnity can only include the amount corresponding to the damage actually sustained by the persons whose losses should, according to the claim of the German Government, serve as a basis for the assessment of compensation in the present case. For this reason, damage sustained by any third person, and amongst others by the Reich Treasury, must be left out of account; for the German Government has not asked the Court to take into account damage suffered by itself (its Treasury). The Court has only to estimate the loss suffered by the Oberschlesische and Bayerische, in accordance with the principle *non ultra petita*.

The loss caused to any given person can only be *quantum ejus interest*. If two persons have different rights over a piece of land, one being the owner, and the other being owner of land in favour of which a servitude over the land has been established, the reparation due to each of these persons will be represented by the value of his right, excluding the value of the rights of the other person. It is true that the amount of debts and other obligations, for which the injured person is responsible, must not be excluded; but by this is meant only personal debts and other personal obligations. On the other hand, the reparation of the loss caused, for instance, by the destruction of a house—whether the person concerned be owner, tenant, or owner of a property in favour of which a servitude exists—, would only cover the value of the rights of the particular person, excluding the rights of every other person.

Or, un préjudice matériel qu'aurait subi l'Oberschlesische, si l'on ne l'identifie pas avec le Reich, n'existe point, car le Reich avait, à l'exclusion de toute autre personne, tous les droits de propriétaire sur l'usine : en exerçant ses droits d'actionnaire, il pouvait l'aliéner à toute personne et il pouvait en tirer tous les bénéfices nets. Si la personne de l'actionnaire était différente du Reich, l'actionnaire n'avait d'autres droits et ne pouvait jamais tirer de l'usine aucun autre bénéfice que ce que le Reich, en exerçant ses droits à l'assemblée générale, lui voudrait accorder.

IV.

Toute évaluation du dommage causé par la prise en possession de l'entreprise doit se baser sur le montant du dommage souffert au moment de la dépossession. S'il y a eu un délai dans le paiement, ce dommage peut être augmenté de la perte subie dès lors ; la perte peut, ou bien être exprimée par des intérêts moratoires, ou bien être évaluée en considérant, selon le cas, le solde des pertes et gains qui, selon toute probabilité, se seraient réalisés entre le jour de la dépossession et le jour de l'arrêt. On ne saurait prendre pour moment critique de l'évaluation une date ultérieure à la dépossession, sauf dans le cas où ç'aurait été par la faute de la défenderesse que la demande n'ait pu être portée plus tôt devant le tribunal international.

D'ailleurs, le Gouvernement allemand lui-même a demandé une somme composée du capital et des intérêts calculés depuis 1922.

Il faut ajouter que, dans le cas présent, il n'entre en jeu aucune considération subjective, telle qu'une faute qui donnerait lieu à des dommages-intérêts à calculer sur une base spéciale. En effet, la Cour ne peut supposer qu'il y ait autre chose qu'une erreur de la part de la Pologne dans l'interprétation et l'application de la Convention de Genève.

V.

On ne peut pas tirer des statuts de l'Oberschlesische des conclusions quelconques au sujet d'un droit à elle acquis

Now, if the interests of the Reich be excluded, no material injury could have been suffered by the Oberschlesische; for the Reich had, to the exclusion of anyone else, all rights of ownership in the factory; thus, in the exercise of its rights as shareholder, it could alienate the factory; it could also draw from it all the net profits. If the shareholder were not identical with the Reich, he had never obtained and could never obtain from the factory any profit except that which the Reich, in the exercise of its rights at the general meeting of shareholders, chose to grant him.

IV.

Any assessment of the damage resulting from the taking over of the enterprise must be based on the extent of the damage suffered at the time of dispossession. If there were delay in payment, the damage may be increased by the amount of the loss resulting from such delay; this loss may either be expressed in terms of interim interest, or may be estimated by taking into account, according to the circumstances, the balance of the profit and loss which, in all probability, would have accrued between the date of dispossession and the date of judgment. It is impossible to take as the date of assessment a date subsequent to dispossession, unless it were the fault of the Respondent that the claim could not be brought earlier before the international tribunal.

Moreover the German Government itself has asked for a sum consisting of the capital amount and of interest calculated as from 1922.

It should be added that in the present case no subjective consideration enters into account, such as a wrongful act entailing damages which should be calculated on some special basis; indeed the Court cannot presume that there has been anything but an error on the part of Poland in construing and applying the Geneva Convention.

V.

It is not permissible to infer from the articles of the Oberschlesische, the existence of a vested right on its part to

d'exploiter l'usine dite chimique. Les statuts d'une société par actions ne sont, au point de vue juridique, qu'un contrat de droit privé qui, d'après les règles du Code de commerce, doit être inscrit au registre de commerce. Une telle inscription ne forme qu'une constatation que les règles du Code de commerce n'ont pas été violées dans la formation de la Société. Il ne découle de là nul droit subjectif à exercer les activités prévues par le contrat.

(*Signé*) LUDWIK EHRLICH.

work the so-called chemical factory. The articles of a joint stock company are, from a legal point of view, only a contract of private law, which, according to the commercial code, must be entered in the commercial register. Such an entry merely establishes that the rules of the commercial code have not been infringed in the formation of the Company. It does not involve any right to carry on the activities contemplated in the contract.

(*Signed*) LUDWIK EHRLICH.