

OPINION INDIVIDUELLE DU JONKHEER VAN EYSINGA

Le soussigné ne peut pas se déclarer d'accord avec l'arrêt de la Cour ; il présente les observations suivantes.

*

L'article premier du compromis du 13 avril 1934 prie la Cour permanente de Justice internationale de rendre jugement en premier lieu sur le point suivant :

« Les mesures susvisées dont se plaint le Gouvernement du Royaume-Uni sont-elles, compte tenu de toutes les circonstances du cas, en opposition avec les obligations internationales du Gouvernement belge vis-à-vis du Gouvernement du Royaume-Uni ? »

Le compromis ne dit pas où se trouvent les obligations internationales du Gouvernement belge vis-à-vis du Gouvernement du Royaume-Uni, obligations avec lesquelles les mesures belges incriminées ne seraient pas en harmonie. Mais il ressort de la procédure écrite et orale que les deux Gouvernements sont d'accord qu'en dehors du droit international commun non écrit (lequel est laissé de côté par la présente opinion dissidente), il s'agit uniquement de la Convention signée à Saint-Germain le 10 septembre 1919 par les États-Unis d'Amérique, la Belgique, l'Empire britannique, la France, l'Italie, le Japon et le Portugal. Les instruments de ratification de ces États sur cette convention ont été déposés dans les archives du Gouvernement français, celui des États-Unis d'Amérique tout dernièrement, le 29 octobre 1934.

La première question qui se pose est celle de savoir si les États signataires de la Convention de Saint-Germain avaient bien le droit de considérer comme abrogés *inter se* l'Acte général de Berlin du 26 février 1885 (sauf les stipulations de son article premier, reprises dans l'article premier de la Convention de Saint-Germain) et la Déclaration de Bruxelles du 2 juillet 1890, et de remplacer *inter se* ces conventions par les articles de la Convention de Saint-Germain (art. 13).

A ce propos, il y a lieu de relever ce qui suit.

L'Acte général de Berlin du 26 février 1885 est entré en vigueur pour treize Puissances contractantes et a été établi à un moment où plusieurs d'entre elles étaient en train de procéder à la colonisation de l'Afrique centrale — qui, à cette

SEPARATE OPINION OF JONKHEER VAN EYSINGA.

[*Translation.*]

The undersigned is unable to concur in the judgment of the Court and submits the following observations.

*

Article 1 of the Special Agreement of April 13th, 1934, requests the Permanent Court of International Justice to give judgment, in the first place, on the following question :

“Having regard to all the circumstances of the case, were the above-mentioned measures complained of by the Government of the United Kingdom in conflict with the international obligations of the Belgian Government towards the Government of the United Kingdom?”

The Special Agreement does not state what is the source of the international obligations of the Belgian Government towards the Government of the United Kingdom, with which the impugned Belgian measures are alleged to conflict. But it is shown by the written and oral proceedings that the two Governments are agreed that, apart from unwritten customary international law (with which the present dissenting opinion does not deal), the only source in question is the Convention signed at Saint-Germain on September 10th, 1919, by the United States of America, Belgium, the British Empire, France, Italy, Japan and Portugal. The instruments of ratification of that Convention by those States were deposited in the archives of the French Government, that of the United States quite recently on October 29th, 1934.

The first question that arises is whether the signatory States of the Convention of Saint-Germain were really entitled to consider the General Act of Berlin of February 26th, 1885 (except for the stipulations of its first Article, which are embodied in Article 1 of the Convention of Saint-Germain), and the Declaration of Brussels of July 2nd, 1890, as abolished *inter se*, and to replace these instruments *inter se* by the articles of the Convention of Saint-Germain (Art. 13).

In regard to this question, the following points should be noted.

The General Act of Berlin of February 26th, 1885, came into force as between thirteen contracting Powers; it was drawn up at a time when several of them were engaged in the colonization of Central Africa—which at that period was still, in part,

époque, était encore en partie *terra nullius* —, ce qui pouvait être de nature à amener de fâcheuses complications internationales. C'est principalement en vue de canaliser ces efforts colonisateurs que le prince de Bismarck, en collaboration étroite avec le Gouvernement français, a convoqué la Conférence de Berlin. La conférence a eu pour résultat de doter la zone de l'Afrique centrale définie dans l'article premier de l'Acte général d'un statut international qui a grandement diminué le danger de conflits internationaux. Cette œuvre, éminemment paciférante, a été réalisée en instituant pour l'Afrique centrale un régime très internationalisé, qui devait faire perdre beaucoup de son importance à la question de savoir à quel État appartenait telle ou telle partie du pays. C'est ainsi que le chapitre premier de l'Acte général prescrit absolument la porte ouverte : La liberté du commerce qui y est instituée ne vise pas seulement ce que les traités de commerce de l'époque entendaient par cette expression, savoir la défense de prohibitions d'importation et d'exportation, mais aussi la défense de tous droits d'entrée et de transit ; et, en outre, un régime très libéral y est prévu, pour tous les étrangers, quelle que soit leur nationalité. En ce qui concerne l'exercice de la navigation fluviale, l'Acte général contient — en plus de son article 2, où se trouvent des prescriptions générales — un acte spécial pour la navigation du Congo, qui constitue son chapitre IV ; cet acte de navigation, de tous ceux qui existent, a le régime le plus internationalisé ; les Puissances signataires estimaient que les dispositions contenues dans son article 13 avaient une importance telle qu'elles les reconnurent comme faisant désormais partie du droit public international. Le Niger, quoique en dehors de la partie de l'Afrique centrale déterminée dans l'article premier, fut doté d'un Acte de navigation semblable (chap. V). Le chapitre VI de l'Acte général tâche de mettre de l'ordre dans les efforts colonisateurs en formulant des règles sur l'occupation de territoires situés en dehors des possessions des Puissances contractantes, et ceci même si ces territoires sont situés dans d'autres parties de l'Afrique que le bassin du Congo. Quant au chapitre II, il contient le germe de l'Acte général de la Conférence de Bruxelles de 1890 sur la traite des esclaves africains et reconnaît le devoir de protéger les indigènes dans tout le bassin du Congo. Le chapitre III est en quelque sorte la partie la plus intéressante, puisqu'il pousse l'internationalisation jusqu'à la neutralisation : même en temps de guerre, le régime très internationalisé et éminemment pacifique du bassin du Congo devrait subsister, état de choses qui se trouve prescrit impérativement dans les deux Actes de navigation du Congo et du Niger (art. 25 et 33).

Il ressort de cette courte énumération que l'Acte de Berlin nous met en présence d'un cas dans lequel un grand nombre

terra nullius—a situation that might lead to unfortunate international complications. It was mainly with the intention of regulating these colonizing efforts that Prince von Bismarck, in close co-operation with the French Government, convened the Berlin Conference. The result of the Conference was to invest the Central African region, defined in Article 1 of the General Act, with an international statute which greatly diminished the danger of international disputes. This eminently pacific object was attained by instituting for Central Africa a highly internationalized régime, which diminished the importance of the question whether a given part of the continent belonged to this or that country. Thus, Chapter I of the General Act definitely lays down the principle of the "open door": The freedom of trade which it establishes does not only cover what commercial treaties of that period understood by that term—namely the forbidding of import and export prohibitions—but also forbids the imposition of any import or transit duties; moreover, it provides an extremely liberal régime for all foreigners, no matter of what nationality. As regards the exercise of fluvial navigation, the General Act contains—in addition to Article 2 comprising general provisions—a special act, constituting its fourth Chapter, concerning the navigation of the Congo; this Navigation Act provides a more internationalized régime than any others that exist; the signatory Powers considered that the provisions of its 13th Article were so important that they recognized them as henceforward a part of public international law. The Niger, though situated outside the part of Central Africa defined in Article 1, was endowed with a similar Navigation Act (Chapter V). The VIth Chapter of the General Act attempts to bring order into the efforts at colonization by prescribing rules for the occupation of territories lying outside the possessions of a contracting Power, even where such territories are situated in parts of Africa other than the Congo Basin. As regards Chapter II, it contains the germ of the General Act of the Brussels Conference of 1890 concerning the African slave trade, and recognizes the duty of protecting the natives in the whole Congo Basin. Chapter III is in some respects the most interesting, since it pushes the idea of internationalization as far as neutralization: for it is provided that the highly internationalized and eminently pacific régime of the Congo Basin may continue, even in time of war, whereas this is imperatively enjoined in the Navigation Acts both of the Niger and the Congo (Art. 25 and 33).

It will be seen from this survey that the Berlin Act presents a case in which a large number of States, which were territorially

d'États, intéressés, de façon territoriale ou autre, à un vaste territoire, l'ont doté d'un statut fort internationalisé, voire d'une constitution conventionnelle par laquelle les intérêts de la paix, ceux de « toutes les nations », ainsi que les intérêts des indigènes, semblaient être le mieux garantis. De tels régimes internationalisés ont été également établis dans d'autres parties du monde.

L'Acte général de Berlin ne contient pas de clause de dénonciation ; il ne contient pas non plus de disposition permettant aux États contractants de prendre séparément, entre eux, certains arrangements particuliers en tant que ces arrangements ne contreviendraient point aux dispositions de l'Acte général, disposition qu'on trouve dans plusieurs conventions collectives, par exemple dans l'article 15 de la Convention internationale pour la protection de la propriété industrielle de Paris du 3 mai 1883.

En revanche, les Puissances réunies à Berlin estimaient que le régime conventionnel du bassin du Congo devrait pouvoir être revu de temps en temps. A cet égard, le rapport signé par le baron de Courcel, plénipotentiaire français, et le baron Lambermont, plénipotentiaire belge, contient l'observation suivante (de Martens, *N. R. G.*, 2^{me} série, p. 401) :

« La situation étant ce qu'elle est dans les régions du Congo, il semble difficile et peut-être prématuré de tout prévoir et de tout régler à l'avance.

En subordonnant toute modification des actes de la Conférence à un accord des Puissances éclairées par les faits, on ferait leur juste part aux exigences de l'avenir et au respect de la permanence de vos décisions. »

Dans cet ordre d'idées, la disposition ci-après (art. 36) fut insérée dans le chapitre VII de l'acte :

« Les Puissances signataires du présent Acte général se réservent d'y introduire ultérieurement et d'un commun accord les modifications ou améliorations dont l'utilité serait démontrée par l'expérience. »

La portée législative de l'article se trouve par conséquent dans le fait que les États qui, groupés, avaient établi le statut international de l'Afrique centrale, avaient prévu, comme partie intégrante de leur « union », des révisions périodiques. Mais, par là, l'article prescrit en même temps, et d'une façon expresse, que seul le consentement de toutes les parties contractantes peut modifier l'Acte de Berlin. Cela exclut une modification par quelques-unes seulement des parties contractantes, modification qui, du reste, se concevrait mal pour une convention dotant un vaste territoire d'un statut international. L'Acte général de Berlin ne crée pas un certain

or otherwise interested in a vast region, endowed it with a highly internationalized statute, or rather a constitution established by treaty, by means of which the interests of peace, those of "all nations" as well as those of the natives, appeared to be most satisfactorily guaranteed. Similar internationalized régimes have been established also in other parts of the world.

The General Act of Berlin contains no clause providing for its denunciation; nor does it contain any provision authorizing the contracting States to conclude private arrangements separately among themselves, even supposing that such arrangements were not repugnant to the provisions of the General Act—a provision which is often found in collective conventions, for instance in Article 15 of the International Convention for the Protection of Industrial Property, signed at Paris on May 3rd, 1883.

On the other hand, the Powers assembled at Berlin considered that the treaty régime of the Congo Basin would have to be revised from time to time. In regard to that point, the report signed by Baron de Courcel, the French Plenipotentiary, and Baron Lambermont, the Belgian Plenipotentiary, contains the following observation (de Martens, *N. R. G.*, 2nd Series, p. 401):

"The situation being as it is in the regions of the Congo, it seems difficult and perhaps premature to make provision for everything and to regulate everything in advance.

By making any amendment of the acts of the Conference dependent upon an agreement between the Powers arrived at in the light of experience, due regard will be paid to the requirements of the future and to the permanence of your decisions."

In this connection, the following provision (Art. 36) was inserted in Chapter VII of the Act:

"The signatory Powers of the present General Act reserve to themselves to introduce into it subsequently, and by common accord, such modifications and improvements as experience may show to be expedient."

The legislative significance of the Article therefore resides in the fact that the States which together had established the international statute of Central Africa had made provision, as an integral part of their union, for periodical revision thereof. By doing this, the Article however expressly provides at the same time that the Act of Berlin may only be modified with the consent of all contracting Parties. This precludes any modification by some only of the contracting Parties, and moreover such modification would not be appropriate in the case of a convention bestowing an international statute upon a vast area. The General Act of Berlin does not create a

nombre de relations conventionnelles entre un certain nombre d'États, relations qui peuvent être remplacées pour quelques-uns de ces États par d'autres relations conventionnelles ; il n'établit pas un ensemble de normes dites « dispositives », mais il dote le bassin du Congo d'un régime, d'un statut, d'une constitution. Ce régime, qui forme une unité, peut être modifié ; mais, pour cela, l'accord de toutes les Puissances contractantes est requis. On aboutirait à un imbroglio juridique inextricable si l'on voulait estimer possible, par exemple, que le régime de neutralisation prévu par l'article II de l'Acte général de Berlin fût en vigueur pour certaines Puissances contractantes, alors qu'il aurait cessé de l'être pour certaines autres.

Du reste, l'article 36 de l'Acte de Berlin ne fait que reprendre, surabondamment, le « principe essentiel du droit des gens », formulé — et non pas pour la première fois — par le Protocole de Londres de 1871. En effet, c'est *d'un commun accord*, savoir « à la suite de l'assentiment » de toutes les Puissances contractantes de l'Acte général de Berlin, que celui-ci peut être modifié. Cela aurait été vrai même si l'article 36 n'avait pas existé.

Il est intéressant de noter avec quelle exactitude constitutionnelle l'Acte général de Berlin a été modifié lors de la Conférence de Bruxelles sur la traite (1890). Était présent à cette conférence un État non contractant de l'Acte général de Berlin, la Perse. Ce pays pouvait collaborer à l'Acte général sur la traite, mais non pas à la revision de l'Acte général de Berlin, auquel il n'avait pas adhéré. C'est pourquoi la Déclaration de Bruxelles, modifiant l'Acte général de Berlin, porte :

« Les Puissances, réunies en Conférence à Bruxelles, qui ont ratifié l'Acte général de Berlin du 26 février 1885 ou qui y ont adhéré,

.....

Sont convenues de faire la déclaration suivante :

.....

Les ratifications de la présente déclaration seront échangées en même temps que celles de l'Acte général du même jour. »

En 1919, certaines des Puissances contractantes de l'Acte général de Berlin, parmi lesquelles les deux États qui ont porté la présente affaire devant la Cour, ont agi d'une tout autre manière. Sans prier les autres Puissances contractantes de prendre part à la conférence, ils ont estimé pouvoir y modifier *inter se* l'Acte général de Berlin. Il paraît clair que, de cette façon, ils ont agi à l'encontre non pas seulement d'un principe essentiel du droit des gens, mais aussi de l'article 36

number of contractual relations between a number of States, relations which may be replaced as regards some of these States by other contractual relations; it does not constitute a *jus dispositivum*, but it provides the Congo Basin with a régime, a statute, a constitution. This régime, which forms an indivisible whole, may be modified, but for this the agreement of all contracting Powers is required. An inextricable legal tangle would result if, for instance, it were held that the régime of neutralization provided for in Article II of the General Act of Berlin might be in force for some contracting Powers while it had ceased to operate for certain others.

It must not be forgotten that Article 36 of the Act of Berlin merely repeats, superfluously, the "essential principle of international law" formulated—not for the first time—by the Protocol of London of 1871. It is by agreement, that is to say upon the consent of all Powers parties to the General Act of Berlin, that that instrument may be modified. But this would have been the case even if Article 36 had not existed.

It is interesting to observe with what constitutional nicety the General Act of Berlin was modified at the Brussels Slavery Conference (1890). One State which was not a party to the General Act of Berlin was present at this Conference, namely Persia. That country could take part in the General Act upon the slave trade, but not in the revision of the General Act of Berlin, to which it had not adhered. For this reason, the Declaration of Brussels modifying the General Act of Berlin runs as follows:

"The Powers assembled in Conference at Brussels, who have ratified the General Act of Berlin of February 26th, 1885, or who have acceded thereto,

.....
 Have agreed to make the following Declaration:

.....
 The ratifications of the present Declaration shall be exchanged at the same time as those of the General Act of this day."

In 1919, some of the Powers parties to the General Act of Berlin, including the two States which have submitted the present case to the Court, acted in an entirely different manner. Without inviting the other contracting Parties to take part in the Conference which they held, they thought themselves entitled at that Conference to modify the General Act of Berlin *inter se*. It seems clear that in proceeding thus they acted contrary not only to an essential principle of international law, but also

de l'Acte général de Berlin, prescrivant *expressis verbis* que des modifications ne pourraient être introduites dans l'Acte général que *d'un commun accord*. Il s'agit ici d'une situation juridique qui est d'ordre public et dont une juridiction doit tenir compte d'office. Si la Cour l'avait fait, elle aurait appliqué uniquement l'Acte de Berlin. Il y a lieu de relever ici que la validité de la Convention de Saint-Germain ne saurait, comme la Cour semble l'estimer, dépendre de la question de savoir si, oui ou non, cette validité a été contestée par un gouvernement; du reste, la Cour n'a pas étudié cette question. En appliquant l'Acte de Berlin, la tâche de la Cour se fût trouvée singulièrement facilitée par le fait que, pour les rapports juridiques en cause dans l'affaire Chinn, les articles 3 et 5 de la Convention de Saint-Germain ont simplement repris les articles 5 et 13 de l'Acte général de Berlin.

En formulant les observations qui précèdent, le soussigné n'a pas perdu de vue que, jusqu'à un certain point, les parties à un litige ont la faculté d'établir dans le compromis des règles de droit que la juridiction à laquelle elles s'adressent doit appliquer. C'est ce que l'article 38 du Statut de la Cour prévoit, entre autres, lorsqu'il dit que « La Cour applique les conventions internationales spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige. » Quoique le compromis dans la présente affaire soit muet sur la question de savoir quelles règles de droit la Cour devrait appliquer, et quoique, partant, il ne constitue pas une convention spéciale établissant des règles expressément reconnues par la Grande-Bretagne et la Belgique, on pourrait peut-être se demander si, les deux Parties ayant, dans la procédure tant écrite qu'orale, clairement indiqué qu'elles se considéraient liées par la Convention de Saint-Germain, il n'en résulte pas que cette convention est pour elles une source immédiate de droit conventionnel spécial, applicable dans l'espèce.

Même si l'on voulait se placer dans cet ordre d'idées, il paraîtrait difficile d'admettre que les deux Parties aient pu se prévaloir de la Convention de Saint-Germain.

Si, dans un cas donné, il n'existe pas de droit international ou si ce droit est incertain, on comprend que les parties, en s'adressant à une juridiction internationale, déterminent en même temps le droit à appliquer. L'exemple classique de cette manière d'agir est l'affaire de l'*Alabama* entre les États-Unis d'Amérique et la Grande-Bretagne; à l'époque, c'est-à-dire après la guerre de Sécession, le droit de la neutralité qui, d'après la manière de voir des États-Unis, avait été violé par la Grande-Bretagne, était très incertain. Dans un compromis signé le 8 mai 1871, les deux Parties ont alors formulé les trois fameuses règles de Washington, lesquelles devaient être appliquées par le

to Article 36 of the General Act of Berlin, which expressly provides that modifications may only be made in the General Act by agreement. This is a legal situation of such importance that a tribunal should reckon with it *ex officio*. The only convention which the Court could apply is the Act of Berlin. If the Court had done so, it would have applied the Act of Berlin alone. It should be observed here that the validity of the Convention of Saint-Germain cannot, as the Court seems to hold, be dependent on the question whether or not any government has disputed its validity; moreover, the Court has not gone into this question. In applying the Act of Berlin, the Court's task would have been singularly facilitated by the fact that, with regard to the legal relations in issue in the Chinn case, Articles 3 and 5 of the Convention of Saint-Germain simply reaffirm Articles 5 and 13 of the Act of Berlin.

In making the foregoing observations, the undersigned has not lost sight of the fact that, up to a certain point, the parties to a case may specify in the Special Agreement the rules of law which the Court to which they have recourse is to apply. Article 38 of the Court's Statute provides for this amongst other things when it says: "The Court shall apply international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States." Although the Special Agreement in the present case is silent on the question what rules of law the Court is to apply, and although consequently it does not constitute a special convention specifying rules expressly accepted by Great Britain and Belgium, the question might perhaps be raised whether, since the two Parties clearly indicated both in the written and oral proceedings that they considered themselves bound by the Convention of Saint-Germain, it would not follow that this Convention constitutes for them an immediate source of special treaty law applicable in this case.

Even adopting this line of reasoning, it seems difficult to hold that the two Parties could adduce the Convention of Saint-Germain.

If, in a given case, no international law exists or if the law is uncertain, it is comprehensible that the parties, in resorting to an international tribunal, should at the same time determine the law to be applied. The classic example of this is the *Alabama* case between the United States of America and Great Britain; at the time, i.e. after the civil war, the law of neutrality which, in the contention of the United States, had been violated by Great Britain, was very uncertain. In a Special Agreement signed on May 8th, 1871, the two Parties therefore drew up the three famous Washington rules which were to be applied by the tribunal of arbitration provided for in the same

tribunal d'arbitrage prévu par le même compromis. Ce sont ces règles qui, plus tard, ont été codifiées par la treizième Convention de la Deuxième Conférence de la Paix de 1907 concernant les droits et les devoirs des Puissances neutres en cas de guerre maritime.

L'affaire soumise à la Cour présente un tout autre aspect. Or, dans cette affaire — et abstraction faite des arguments que le Royaume-Uni veut tirer du droit commun non écrit, arguments que la présente opinion laisse de côté, comme il a été dit —, les obligations internationales de la Belgique, que la Cour doit déterminer, se trouvent dans un traité collectif, celui de Berlin, modifié en 1890 à Bruxelles, traité qui ne peut être modifié que d'un commun accord. Il semble clair que les deux Parties n'ont pas le droit de changer cette base conventionnelle par des constatations émises lors d'une procédure. En effet, on ne saurait admettre que, ce qu'une fraction du groupe des États contractants de Berlin n'a pu faire légitimement, savoir modifier l'Acte général de Berlin, deux de ces États seulement l'aient pu, et non pas même par une convention (le compromis), mais par des déclarations contenues dans les pièces écrites et dans les plaidoiries d'une procédure judiciaire.

Le soussigné ne peut pas s'empêcher à cette occasion d'exprimer ses regrets que la Cour se trouve souvent appelée à se prononcer sur des conventions collectives intervenues à la suite de la guerre mondiale, sans pouvoir disposer des actes des réunions où les conventions ont été établies, actes qui restent secrets. Le manque d'informations qui en résulte s'est fait à nouveau ressentir dans la présente affaire.

*

Le ressortissant britannique Chinn exerçait sur le Congo et avec ses propres navires l'industrie du transport des marchandises, et, en outre, il exploitait à Léopoldville un chantier. Lors de la crise économique qui sévit aussi dans le bassin du Congo, le Gouvernement belge, par une décision du 20 juin 1931, renouvelée à plusieurs reprises, réduisit en somme à un franc la tonne les frais du transport à la descente effectué par l'Union nationale des Transports fluviaux (Unatra), société se trouvant sous le contrôle effectif du Gouvernement. Le Gouvernement britannique prétend que, par suite de ce dégrèvement massif, qui pratiquement réduit à la gratuité les transports à la descente effectués par l'Unatra, le fret a dû se concentrer à tel point entre les mains de cette société, qu'elle s'est trouvée en possession d'un monopole de fait rendant commercialement impossible au sieur Chinn de continuer son industrie; si, à côté de l'Unatra, quelques rares entreprises ont été à même de

Special Agreement. These are the rules which subsequently were codified by the thirteenth Convention of the Second Peace Conference in 1907 concerning the rights and duties of neutral Powers in maritime war.

The case before the Court presents an entirely different aspect. In this case—apart from the arguments which the United Kingdom seeks to draw from customary unwritten law, with which arguments the present opinion, as already stated, does not deal—the international obligations of Belgium which the Court has to determine are to be found in a collective treaty, the Treaty of Berlin, modified in 1890 at Brussels, which Treaty can only be modified by common accord. It seems clear that the two Parties have no right to change this Treaty basis by means of statements made in the course of legal proceedings. For it is impossible to admit that what a portion of the group of States which were parties to the General Act of Berlin could not lawfully do, namely modify that Act, two only of these States could do and not even by means of a convention (the Special Agreement), but simply by means of statements made in the written memorials and oral pleadings of an action at law.

The undersigned cannot refrain in this connection from expressing his regret that the Court should frequently be called upon to give decisions in regard to collective conventions concluded after the Great War, without having at its disposal the records of the meetings at which these conventions were elaborated, these records being kept secret. The resulting lack of information has once more made itself felt in the present case.

*

The British subject, Mr. Chinn, carried on with his own ships in the Congo the business of transporting goods, and he also had a shipyard at Leopoldville. At the time of the economic crisis which also made itself felt in the Congo Basin, the Belgian Government, by a decision taken on June 20th, 1931, and several times extended, reduced to one franc per ton the downstream transport tariff for nearly all products of the *Union nationale des Transports fluviaux* (Unatra), a Company under the effective control of the Government. The British Government contends that, as a result of this drastic reduction which practically brought to zero Unatra's charge for the transport of goods downstream, traffic became concentrated in the hands of Unatra to such an extent that that Company found itself in possession of a virtual monopoly which rendered it commercially impossible for Mr. Chinn to carry on his business; in addition to Unatra, a few concerns

continuer à travailler, c'est qu'elles pouvaient transporter leurs propres produits, tandis que, à côté de l'Unatra, l'entreprise du sieur Chinn était la seule qui ne transportait que des marchandises appartenant à des tiers.

Le Gouvernement britannique estime qu'il ressort de ces faits que la mesure prise par le Gouvernement belge est en opposition avec la liberté de navigation et l'égalité commerciale auxquelles le sieur Chinn avait un droit en vertu de la Convention de Saint-Germain. Et, subsidiairement, le Gouvernement britannique soutient que le Gouvernement belge, contrairement à la même convention, aurait, par la mesure conférant un monopole de fait à la société belge, opéré une discrimination au détriment de la seule entreprise qui, comme l'Unatra, ne transportait que des marchandises appartenant à des tiers.

Le Gouvernement belge répond que, en prenant à l'égard de l'Unatra, société effectivement contrôlée par lui, la mesure de dégrèvement massif, il est nettement resté dans la sphère de la *gestion de l'industrie fluviale nationale*; cette sphère serait tout autre que celle à laquelle appartient l'exercice de la navigation, savoir la sphère du *régime de la navigation*. En ce qui concerne la gestion de l'industrie fluviale nationale, la souveraineté des États riverains reste entière et ne saurait être touchée, ni par la liberté de navigation prescrite par la Convention de Saint-Germain — liberté qui fait partie d'un tout autre domaine —, ni par l'égalité de traitement commerciale ou autre prévue par la même convention. Cette dernière manière de voir ressort de la réponse que l'agent belge a donnée à la question qui lui avait été posée au début de l'audience de la Cour du 26 octobre 1934.

La présente opinion dissidente s'occupera en premier lieu de la question de l'égalité de traitement.

*

Après avoir constaté qu'en employant le terme « liberté de commerce » dans le bassin du Congo, on avait pour objet de conférer aux commerçants de tous les pays la garantie qu'aucun droit d'entrée et aucun droit de transit ne serait levé et que leurs marchandises subiraient seulement des impôts modérés, destinés uniquement à pourvoir aux nécessités administratives, le plénipotentiaire britannique, sir Edward Malet, dès la première séance (15 nov. 1884) de la Conférence de Berlin, ajoutait :

« Mais je pense que la Conférence, après un mûr examen de la question, reconnaîtra la nécessité de pourvoir, d'une manière plus détaillée, à l'égalité absolue du traitement des sujets de toutes les

were able to carry on, that is due to the fact that they transported their own produce, whereas, apart from Unatra, Mr. Chinn's concern was the only one which exclusively carried goods of others.

The Government of the United Kingdom considers that it follows from these facts that the measure taken by the Belgian Government is inconsistent with the freedom of navigation and commercial equality to which Mr. Chinn was entitled under the Convention of Saint-Germain. Alternatively, the Government of the United Kingdom maintains that the Belgian Government has by this measure, which confers a virtual monopoly upon the Belgian Company, been guilty, contrary to the terms of the same Convention, of discrimination to the detriment of the only concern which, like Unatra, exclusively carried goods of others.

The Belgian Government's answer is that, in taking the measure drastically reducing transport rates in regard to Unatra, a Company under its effective control, it was keeping strictly within the sphere of the *management of the national fluvial shipping industry*, and contends that this is something quite distinct from the sphere of the *régime of navigation* within which the exercise of navigation falls. As regards the management of the national fluvial shipping industry, the sovereignty of riparian States remains intact and cannot be affected either by the freedom of navigation prescribed by the Convention of Saint-Germain—which belongs to quite a different sphere of action—or by the equality of treatment in commercial or other matters laid down by the same Convention. The latter standpoint emerges from the reply made by the Belgian Agent to the question put to him at the beginning of the hearing on October 26th, 1934.

The present dissenting opinion will deal in the first place with the question of equality of treatment.

*

At the first meeting (Nov. 15th, 1884) of the Conference of Berlin, Sir Edward Malet, the British Plenipotentiary, after observing that in using the term "free trade" in the Basin of the Congo, the intention was to provide traders of all countries with a guarantee that no import duties or transit dues would be levied and that the goods would only be subject to reasonable taxes designed solely to cover administrative requirements, went on to say:

[*Translation.*] "But I think that the Conference after mature reflection upon the question will recognize the necessity of making more detailed provision for the absolute equality of treatment of the

Puissances, en ce qui concerne les droits et les impôts directs et indirects, la résidence, la liberté de faire le commerce et de voyager, l'emploi de routes et de chemins de fer, le cabotage, et la liberté de religion. » (De Martens, p. 205.)

C'était exprimer le désir de l'égalité absolue du traitement pour les sujets de toutes les nations, nationaux ou étrangers, se trouvant dans le bassin du Congo. Du reste, cette égalité était déjà contenue dans la seconde phrase de l'alinéa 5 du projet de déclaration sur la liberté de commerce, soumis par le Gouvernement allemand à la Conférence, et qui est à la base de la première partie de l'Acte de Berlin ; cette phrase a la teneur suivante : « Les étrangers y jouiront indistinctement du même traitement et des mêmes droits que les nationaux. » (De Martens, p. 208.) Le plénipotentiaire britannique entendait suggérer que la courte phrase du projet allemand devait être développée et précisée.

C'est ce que fit, en effet, la Commission chargée d'examiner la déclaration sur la liberté du commerce, dont le président était le baron de Courcel, et le rapporteur le baron Lambertmont. Pour le point dont il s'agit, le rapport s'exprime ainsi : « Le paragraphe 2 du même article [l'article 5 de l'Acte général] a trait aux droits des étrangers. Pour développer le commerce, il ne suffit pas d'ouvrir les ports ou d'abaisser les barrières douanières. Il n'y a pas de commerce sans commerçants. Si l'on veut attirer les commerçants vers des contrées lointaines et encore imparfaitement connues, il faut entourer de garanties ce qui les intéresse essentiellement, leurs personnes, leurs biens, l'acquisition des propriétés, les héritages, l'exercice des professions. Tel est le but de la stipulation qui termine l'article V. Elle ne protège pas seulement les commerçants, elle vise tous les étrangers et les pionniers de la civilisation comme ceux du négoce. Elle a rencontré l'assentiment unanime de la Commission. » (De Martens, p. 254.)

Le résultat de cet assentiment unanime fut l'alinéa 2 de l'article V de l'Acte de Berlin portant :

« Les étrangers y jouiront indistinctement, pour la protection de leurs personnes et de leurs biens, l'acquisition et la transmission de leurs propriétés mobilières et immobilières et pour l'exercice des professions, du même traitement et des mêmes droits que les nationaux. »

Il semble clair que la prescription que « les étrangers jouiront indistinctement du même traitement et des mêmes droits que les nationaux » et « l'égalité absolue du traitement des sujets de toutes les Puissances » désirée par le plénipotentiaire britannique sont la même chose. En effet, l'Acte général de Berlin prescrit l'égalité absolue du traitement individuel pour tous

subjects of all the Powers, with regard to direct and indirect duties, and taxes, residence, freedom to engage in trade and to travel, the use of roads and railways, coasting traffic, and religious freedom." (De Martens, p. 205.)

These words expressed the desire for absolute equality of treatment for the subjects of all nations, whether nationals or foreigners, in the Congo Basin. Moreover, this equality had already been provided for in the second sentence of paragraph 5 of the draft declaration concerning free trade, submitted to the Conference by the German Government and on which the first part of the Act of Berlin was based; this sentence ran as follows: "Foreigners shall enjoy the same treatment and rights as nationals without any differentiation." (De Martens, p. 208.) The British Plenipotentiary meant to suggest that the short sentence in the German draft should be expanded and defined.

That is indeed what was done by the Committee instructed to examine the declaration on freedom of trade; the Chairman of that Committee was Baron de Courcel, and the Rapporteur was Baron Lambermont. In regard to the matter in question, the report speaks as follows: "Paragraph 2 of the same Article [Article 5 of the General Act] relates to the rights of foreigners. In order to develop trade, it does not suffice to open the ports or to lower customs barriers. There can be no trade without traders. If one desires to attract trade to distant and little-known countries, one must give the traders guarantees for the things that most vitally interest them—their persons, their goods, the acquisition of property, inheritances, the exercise of professions. That is the aim of Article V. It does not only protect traders; it covers all foreigners and the pioneers both of civilization and of commerce. It has met with the unanimous approval of the Committee." (De Martens, p. 254.)

The result of this unanimous support was paragraph 2 of Article V of the Berlin Act, which provides that:

"Foreigners, without distinction, shall enjoy protection of their persons and property, as well as the right of acquiring and transferring movable and immovable possessions; and national rights and treatment in the exercise of their professions."

It appears clear that the stipulation that "foreigners, without distinction, shall enjoy national rights and treatment" and "the absolute equality of treatment of the subjects of all the Powers" desired by the British Plenipotentiary are one and the same thing. In fact, the General Act of Berlin prescribes complete equality of individual treatment for all persons in the Congo

ceux qui séjournent dans le bassin du Congo, et chaque inégalité de traitement va à l'encontre de l'Acte de Berlin.

Les auteurs de l'article 3 de la Convention de Saint-Germain ont-ils voulu modifier cet état de choses? Certes, ils ont entendu restreindre le groupe des personnes devant bénéficier de l'égalité de traitement; tandis que l'Acte général de Berlin visait les ressortissants de n'importe quelle nationalité, l'article 3 de la Convention de Saint-Germain vise seulement les ressortissants d'un certain nombre d'États. Mais rien n'indique que, au sein du groupe ainsi restreint, l'égalité individuelle ne continuerait pas d'être de droit. Cette égalité individuelle, si caractéristique pour l'œuvre de Berlin qui a internationalisé sous tant de rapports le régime juridique du bassin du Congo, n'a pas été touchée par la Convention de Saint-Germain. C'est ce qui résulte de plusieurs des articles de cette dernière. Si, par exemple, l'article premier *maintient* une complète égalité commerciale entre les ressortissants de tous les États contractants, elle vise une égalité de traitement entre tous ces individus considérés comme un groupe. La même observation peut être faite pour l'article 5, alinéa 2, qui veut que les bateaux appartenant aux ressortissants de n'importe quel État contractant soient traités, sous tous les rapports, sur le pied d'une parfaite égalité. Pourrait-il en être autrement pour l'article 3, dont la genèse à Berlin, qui vient d'être rappelée, démontre si clairement l'intention de traiter sur le pied d'une parfaite égalité tous ceux qui, dans le bassin du Congo, exerceraient une profession?

De ce qui précède, il ressort que l'inégalité de traitement créée par la mesure du Gouvernement belge du 20 juin 1931, au bénéfice de l'Unatra et au détriment de la seule autre entreprise qui, sur le Congo, ne transportait que des marchandises appartenant à des tiers, l'entreprise du sieur Chinn, est en opposition avec les obligations internationales du Gouvernement belge vis-à-vis du Gouvernement du Royaume-Uni.

*

Pour ce qui est de la relation entre la mesure du Gouvernement belge du 20 juin 1931 et la liberté de navigation fluviale prescrite par l'article 5 de la Convention de Saint-Germain, le Gouvernement belge soutient, comme on l'a relevé, que cette mesure, se mouvant dans la sphère de la gestion de l'industrie fluviale nationale où la souveraineté de l'État riverain est entière, ne saurait jamais être en opposition avec la liberté de navigation, qui se meut dans une tout autre sphère.

Il y a lieu de se demander si cette distinction des deux sphères séparées n'est pas plutôt arbitraire; elle ne repose certainement pas sur le droit international fluvial tel qu'il s'est

Basin, and any inequality of treatment is a contravention of the Berlin Act.

Did the authors of Article 3 of the Convention of Saint-Germain desire to modify that situation? Certainly they desired to limit the category of persons who were to benefit by equality of treatment; whereas the General Act of Berlin covers the nationals of any country whatever, Article 3 of the Convention of Saint-Germain only applies to the nationals of certain States. But there is nothing to show that, within this restricted group, individual equality does not continue to be the law. This individual equality, which is such a characteristic feature of the work accomplished at Berlin—the result of which was to internationalize the legal régime of the Congo Basin in so many respects—was not modified by the Convention of Saint-Germain. That is shown by several articles of the latter instrument. Thus, for example, while Article 1 *maintains* complete commercial equality between the nationals of all the contracting States, it provides equality of treatment as between all these individuals regarded as a group. The same observation applies to paragraph 2 of Article 5, which provides that craft belonging to the nationals of any of the contracting States shall be treated, in all respects, on a footing of complete equality. Could it be otherwise, in the case of Article 3, the history of which at Berlin—as has just been recalled—shows so manifestly the intention of according absolute equality of treatment to all persons engaged in professions in the Congo Basin?

It results from the foregoing that the inequality of treatment created by the Belgian Government's measure of June 20th, 1931, in favour of Unatra and to the detriment of the only other enterprise in the Congo which exclusively transported the goods of others, namely, Mr. Chinn's business, is in conflict with the international obligations of the Belgian Government towards the United Kingdom.

*

As regards the relation between the Belgian Government's measure of June 20th, 1931, and the freedom of fluvial navigation prescribed by Article 5 of the Convention of Saint-Germain, the Belgian Government contends, as has been observed, that this measure, operating within the sphere of the management of the national fluvial industry—a field in which the sovereignty of the riparian State remains intact—could never be in conflict with freedom of navigation, a thing which belongs to a totally different sphere.

The question arises whether this distinction between the two separate spheres is not rather arbitrary; it certainly has no foundation in fluvial international law, as it has evolved since

développé depuis le Congrès de Vienne de 1815. On sait que les articles 108 à 116 de l'Acte final de Vienne sont à la base de l'Acte général de Berlin de 1885 (voir le préambule de cet acte, sous les nos 4 et 5), et que le Gouvernement belge, dans la présente affaire, a, à plusieurs reprises, fait allusion à ces articles de Vienne.

Lorsque Talleyrand — c'était probablement lui — proposa, en 1814, la disposition qui est devenue l'article V des premiers traités de paix de Paris, ceux du 30 mai 1814, article qui, de la sorte, a inauguré la réglementation générale internationale de la navigation sur les fleuves internationaux, il envisageait la navigation fluviale non pas comme ayant « sa fin en elle-même », comme constituant « un principe qui se satisfait à lui-même », ainsi que le veut la thèse belge (plaidoiries du 24 oct. 1934, après-midi), mais comme une fonction du commerce international. Il suffit de lire l'article V des traités de paix de 1814, dont la teneur est la suivante :

« La navigation sur le Rhin, du point où il devient navigable jusqu'à la mer et réciproquement, sera libre, de telle sorte qu'elle ne puisse être interdite à personne ; et l'on s'occupera au futur Congrès des principes d'après lesquels on pourra régler les droits à lever par les États riverains, de la manière la plus égale et la plus favorable au commerce de toutes les nations.

Il sera examiné et décidé de même, dans le futur Congrès, de quelle manière, pour faciliter les communications entre les peuples et les rendre toujours moins étrangers les uns aux autres, la disposition ci-dessus pourra être également étendue à tous les autres fleuves qui, dans leur cours navigable, séparent ou traversent différents États. »

En effet, dès le début, la liberté de navigation fluviale a compris aussi bien l'aspect nautique, dans le sens de liberté de circuler, que l'aspect commercial ; du texte cité il ressort que l'article V des traités de paix de 1814 veut que la *libre navigation* du Rhin et d'autres fleuves internationaux soit réglée par le congrès qui se réunirait à Vienne, de telle façon que les droits de navigation — droits qui naturellement seraient en premier lieu des *droits sur les marchandises* transportées sur le fleuve, tels qu'ils se trouvaient prévus alors par l'article 99 de la Convention sur l'octroi du Rhin de 1804 — seraient établis de la manière la plus égale et la plus favorable au *commerce* de toutes les nations. On le voit, dès le commencement, la liberté de navigation fluviale a été comprise comme fonction du commerce international, et elle ne s'est jamais suffi à elle seule, en tant que liberté de circuler. Ce lien intime et, on pourrait dire, indissoluble, entre la navigation et le commerce se retrouve dans l'article 109 de l'Acte final de Vienne : « La navigation sera entièrement libre, et ne pourra, sous le rapport du

the Congress of Vienna in 1815. It will be remembered that Articles 108 to 116 of the Final Act of Vienna constitute the basis of the General Act of Berlin of 1885 (see the Preamble to that Act, Nos. 4 and 5), and that the Belgian Government has repeatedly alluded to those Articles of the Vienna Congress during the present case.

In 1814, when Talleyrand, for it was probably he, proposed the clause which became Article V of the first Peace Treaties of Paris—those of May 30th, 1814—an Article which thus inaugurated the general international regulation of navigation on international rivers—he was regarding fluvial navigation, not as “an object in itself”, or as a “self-sufficing principle”, as the Belgian Government contends (pleadings of Oct. 24th, afternoon), but as an element of international trade. It suffices to read Article V of the Treaties of Peace of 1814, which is worded as follows :

“The navigation of the Rhine, from the point where it becomes navigable unto the sea, and *vice versa*, shall be free, so that it can be interdicted to no one: —and at the future Congress, attention shall be paid to the establishment of the principles according to which the Duties to be raised by the States bordering on the Rhine may be regulated, in the mode the most impartial, and the most favourable to the commerce of all Nations.

The future Congress, with a view to facilitate the communication between Nations, and continually to render them less strangers to each other, shall likewise examine and determine in what manner the above provisions can be extended to other Rivers which, in their navigable course, separate or traverse different States.”

Indeed, from the very outset, freedom of fluvial navigation has included both the nautical aspect, in the sense of freedom of movement and the commercial aspect; it is seen from the text quoted above that Article V of the Treaties of Peace of 1814 intends that the *free navigation of the Rhine* and of other international rivers should be regulated by the Congress that was to meet at Vienna in such a way that navigation duties—which would primarily consist of *duties on goods* carried on the waterway, as laid down at that time, by Article 99 of the Convention concerning the Rhine Tolls of 1804—should be fixed in the manner most favourable to the *trade* of all nations. It is clear, therefore, that from the very beginning, freedom of fluvial navigation has been understood as an element of international trade, and that it was never complete in itself in the sense of freedom of movement. This close, one might almost say, indissoluble link between navigation and trade appears again in Article 109 of the Final Act of Vienna: “Navigation shall be entirely free and shall not in respect to commerce

commerce, être interdite à personne ; bien entendu que l'on se conformera aux règlements relatifs à la police de cette navigation, lesquels seront conçus d'une manière uniforme pour tous, et aussi favorables que possible au commerce de toutes les nations. » Et les trois articles qui suivent s'occupent du droit de navigation prélevé sur les *marchandises*. C'est cette liberté de navigation *commerciale* que l'Acte général de Berlin de 1885, aux termes de son préambule, a prévue également pour le Congo et ses affluents, et rien n'indique que les auteurs de l'article 5 de la Convention de Saint-Germain aient voulu modifier cet état de choses.

En quoi consistent maintenant les devoirs des États riverains d'un fleuve international en vue de la liberté de navigation ? A un certain stade de la procédure, l'agent belge l'a très bien formulé lorsqu'il dit que « la liberté de navigation implique toutes les actions, par exemple, en matière de travaux d'entretien, et toutes les omissions, par exemple, en matière d'entraves ou obstacles, requises pour que cette liberté soit effective » (Duplique belge, par. 32). Dans la présente affaire, il ne s'agit que du second côté des devoirs : ne rien faire qui puisse entraver la liberté effective de la navigation.

Certaines des actions entravant la libre navigation commerciale sont nommées expressément dans les articles 109 et suivants de l'Acte final de Vienne et dans les conventions fluviales postérieures. En partie, il s'agit là d'actes qui, en eux-mêmes, sont parfaitement licites, mais qui deviendraient illicites s'ils étaient appliqués de façon à mettre des entraves à la libre navigation. C'est ainsi que l'article 115 de l'Acte final de Vienne prescrit que : « On empêchera, par des dispositions réglementaires, que l'exercice des fonctions des douaniers ne mette pas d'entraves à la navigation. » Et ces entraves défendues à la navigation ne sont pas seulement des actes de nature à anéantir une entreprise de navigation, de sorte qu'un État riverain pourrait licitement tout faire contre une telle entreprise pourvu que celle-ci reste en vie ; car, bien plus, il est du devoir des États riverains du fleuve international d'encourager et de favoriser la navigation. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 109 les règlements relatifs à la police de la navigation doivent être « aussi favorables que possible » au commerce de toutes les nations, et qu'aux termes de l'article 111 les tarifs de droits de navigation prélevés sur les marchandises transportées doivent être dressés en partant du point de vue qu'il faut « encourager le commerce en facilitant la navigation ». En effet, il ne suffit pas que les États riverains du fleuve international s'abstiennent d'actes qui entravent la libre navigation d'un navigateur à tel point que celui-ci ne puisse pas continuer

be prohibited to anyone; it being understood that the regulations established with regard to the police of this navigation shall be respected, as they will be framed alike for all, and as favourable as possible to the commerce of all nations." And the three articles which follow deal with navigation duties levied upon the *goods*. It is this freedom of *commercial* navigation which the General Act of Berlin of 1885, as stated in its Preamble, provided also for the Congo and its tributaries; and there is nothing to show that the authors of Article 5 of the Convention of Saint-Germain intended to alter that situation.

What are now the obligations of the riparian States of an international river with regard to freedom of navigation? The Belgian Agent stated them very clearly at one moment during the proceedings, when he said that: "Freedom of navigation implies the taking of all action—for instance repairs and maintenance works—and abstention from any action—for instance the creation of difficulties or obstacles—in so far as this is necessary to render this freedom effective." (Belgian Rejoinder, para. 32.) In the present case we are only concerned with the second aspect of these obligations: the abstention from any action which might impede the effective freedom of navigation.

Some of the acts impeding the freedom of commercial navigation are expressly named in Article 109, and the following articles, of the Final Act of Vienna, and in the subsequent fluvial conventions. They are, in part, acts which are perfectly lawful in themselves, but would become unlawful if applied in such a way as to cause impediments to free navigation. Thus Article 115 of the Final Act of Vienna lays down that: "Regulations shall be established to prevent officers of the customs, in the exercise of their functions, throwing obstacles in the way of navigation." And these prohibited impediments to navigation are not solely acts calculated to destroy a shipping business—which would mean that a State might lawfully do anything to the detriment of such a business so long as it allowed it to exist; for it is, on the contrary, the duty of the riparian States of an international river to encourage and promote navigation. Thus, according to Article 109, the regulations for the policing of navigation must be "as favourable as possible" to the trade of all nations; and according to Article 111 the tariffs for navigation duties levied on cargoes must be prepared in such a manner as "to encourage commerce by facilitating navigation". In fact, it is not sufficient that the riparian States of an international river should abstain from acts which impede the free movement of shipping to such an extent that the shipping firm has to abandon its fluvial transport business. The impediment comes under the prohibition at an earlier

son industrie fluviale ; l'entrave prohibée commence déjà plus tôt, savoir lorsque la liberté de navigation n'est plus effective. C'est une question purement de fait de décider si, dans un cas donné, la libre navigation effective a été réduite à néant, oui ou non ; la décision peut ne pas être facile, mais un juge doit s'attendre à se voir souvent en face de questions de fait difficiles.

Si tous les actes d'un État riverain qui, dans un cas donné, ont pour conséquence de mettre fin à la libre navigation effective sont prohibés, pourquoi serait plus licite la mesure prise par un gouvernement riverain et qui favoriserait l'une des deux entreprises de navigation pures et simples existant sur un fleuve international, à tel point que l'autre non seulement en souffre, mais est obligée de cesser son activité ? Tel est l'acte que le Gouvernement britannique reproche à la Belgique, en le dénommant avec beaucoup de raison la création d'un monopole de fait, et il semble clair que, s'il était prouvé que la liberté de navigation commerciale à laquelle le sieur Chinn a un droit est devenue non effective, à la suite de la mesure du Gouvernement belge du 20 juin 1931, la réponse au premier point de l'article premier du compromis devrait être affirmative également en vertu de l'article 13 de l'Acte général de Berlin, lequel, pour des rapports juridiques comme ceux du litige actuel, est repris par l'article 5 de la Convention de Saint-Germain. S'il n'y a pas de doute qu'un gouvernement riverain n'a pas le devoir de procurer à un navigateur étranger une clientèle, il est vrai aussi qu'il n'a pas le droit de lui enlever sa clientèle en conférant un monopole de fait à une autre entreprise de transports fluviaux.

Les observations qui précèdent suffisent pour démontrer que la thèse belge, d'après laquelle la mesure du 20 juin 1931 ne saurait jamais être en opposition avec la liberté de navigation, est arbitraire. Si le paragraphe 30 de la Duplique belge dit que les deux sphères distinctes, celle du régime de l'industrie fluviale nationale et celle du régime de la navigation, ont été toujours reconnues comme telles dans la pratique et la jurisprudence, il y a lieu de se demander si cette constatation cadre bien avec la réalité.

Il importe toutefois d'examiner encore de près la thèse des deux sphères distinctes.

Est-ce que, d'après les explications mêmes de l'agent belge, elles sont aussi distinctes qu'il le prétend ? Aux termes des plaidoiries du 24 octobre 1934, après-midi, les lois fiscales peuvent entraver la liberté de navigation et, partant, appartiennent à la sphère de la navigation (« serait également contraire à cette liberté un régime de fiscalité incompatible avec l'idée de liberté »). D'après ces mêmes plaidoiries, les lois fiscales appartiennent nettement à l'autre sphère, celle de la gestion de l'industrie fluviale nationale. (« Dans ce

stage, namely as soon as freedom of navigation ceases to be effective. It is purely a question of fact whether, in a given case, the effective freedom of navigation has, or has not, been annihilated; it may not always be easy to decide, but a Court must expect to find itself often confronted with difficult questions of fact.

If all acts of a riparian State which result, in a given case, in putting an end to effective freedom of navigation, are prohibited, why should it be more lawful for a riparian government to take measures which favour one of the two purely shipping enterprises operating on an international river, to such a degree that the other enterprise, not only suffers, but is driven out of business? That is the action which the British Government accuses Belgium of having taken, describing it, very justly, as a virtual monopoly, and it seems clear that, if it were proved that the freedom of commercial navigation to which Mr. Chinn is entitled has ceased to be effective in consequence of the Belgian Government's measure of June 20th, 1931, the reply to the first point in Article 1 of the Special Agreement should also be in the affirmative, having regard to Article 13 of the General Act of Berlin, which, as regards legal situations such as that existing in the present case, is reaffirmed by Article 5 of the Convention of Saint-Germain. While it is beyond doubt that a riparian government is under no obligation to obtain customers for a foreign shipping enterprise, it is also true that it is not entitled to deprive the foreign enterprise of its customers by conferring a virtual monopoly on another fluvial transport concern.

The foregoing observations suffice to show that the Belgian contention to the effect that the measure of June 20th, 1931, could in no case be in conflict with freedom of navigation is arbitrary. When paragraph 30 of the Belgian Rejoinder declares that the two separate spheres of the management of the national fluvial shipping industry and of the régime of navigation have always been recognized as distinct in practice and jurisprudence, one is constrained to ask if that statement is really in line with the facts.

In any case, it is necessary to look again closely into this doctrine of the two separate spheres.

Are they, even according to the Belgian Agent's own explanations, as distinct as he affirms? We learn from the pleadings on the afternoon of October 24th, 1934, that fiscal laws may put obstacles in the way of navigation, and therefore those laws belong to the sphere of navigation ("a fiscal régime incompatible with the idea of freedom would also be contrary to this freedom"). Again, we are told in these pleadings that fiscal laws belong definitely to the other sphere, that of the management of the national fluvial shipping industry. ("In

domaine de la gestion, nombreuses sont les mesures qu'il » — c'est-à-dire l'État — « peut prendre... Sa législation fiscale peut être plus ou moins onéreuse. ») Il s'ensuit que l'importante matière de la législation fiscale appartient aux deux sphères que la thèse belge s'efforce de séparer. La séparation semble perdre par là beaucoup de sa netteté, et la question se pose à nouveau : Pourquoi la mesure prise par un gouvernement riverain, à la suite de laquelle une industrie de navigation fluviale se trouverait anéantie, n'appartiendrait-elle pas également à la sphère du régime de la navigation ?

Il y a plus. Pour construire une sphère de la gestion de l'industrie fluviale nationale distincte de celle de la navigation, force a été de restreindre autant que possible cette dernière sphère. La thèse belge croit pouvoir y arriver en s'attachant à la notion de navigation que la Cour même aurait établie dans son avis consultatif sur la compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braïla. Mais, en ce faisant, la thèse belge semble oublier que l'avis, qui, entre autres, portait sur l'étendue de la compétence de la Commission, se base sur la question de savoir jusqu'où s'étend la navigation, et observe à cet égard que la navigation se pratique non pas seulement sur le fleuve même, mais aussi jusque dans les ports. C'est uniquement l'aspect territorial de la navigation qu'il importait de mettre en lumière dans l'avis, les autres aspects pouvant rester dans l'ombre. La Réplique britannique le fait observer à juste titre dans son paragraphe 45, et la Duplique belge semble le reconnaître dans la phrase par laquelle débute son paragraphe 33. Cependant, dans sa plaidoirie, l'agent belge aime à revenir à l'avis consultatif en l'affaire du Danube.

Si la thèse belge tâche de restreindre la notion de navigation en se basant sur cet avis, qui n'est pas pertinent, elle tâche de restreindre la notion de liberté de navigation en s'attachant à l'article 109 de l'Acte final de Vienne de 1815. D'après le paragraphe 39 du Contre-Mémoire belge, cette stipulation aurait déjà indiqué « la portée de la liberté de navigation reconnue(s) sur les cours d'eau que l'acte concerne : c'est la liberté consistant à ne pas être exclu par une interdiction de l'autorité ». Mais, au paragraphe 32 de la Duplique belge, dont il a déjà été fait mention, la sphère de la navigation se trouve singulièrement élargie. La constatation précitée du Contre-Mémoire s'y trouve reléguée au plan de « réflexions émises à titre exemplatif », et qui doivent être complétées en ce sens que la liberté de navigation implique « toutes les actions, par exemple, en matière de travaux d'entretien, et toutes les omissions, par exemple, en matière d'entraves ou obstacles, requises pour que cette liberté soit effective ». Comme on l'a déjà relevé, ce complément est exact. Toutefois,

this sphere of management, there is a large number of measures which it"—i.e. the State—"may take. Its fiscal legislation may be more or less burdensome.") It follows that the important subject of fiscal legislation belongs to both of these spheres, which Belgium seeks to separate from one another. This being so, the separation seems to lose much of its distinctness, and the question again arises: Why should a measure taken by a riparian government, as a consequence of which measure a fluvial shipping business is annihilated, not belong, also, to the régime of navigation?

But there is more. In order to construct a sphere of the management of the national fluvial shipping industry, distinct from the sphere of navigation, it was necessary to keep the latter sphere as small as possible. The Belgian argument seeks to arrive at this result by relying on the conception of navigation which it alleges that the Court laid down in its Advisory Opinion on the jurisdiction of the European Danube Commission between Galatz and Braila. But in doing so, the Belgian argument seems to lose sight of the fact that the Opinion—which related, *inter alia*, to the limits of the Commission's competence—turned chiefly on the question how far navigation extends, and it held, in this respect, that navigation is practised not only on the river itself, but also in ports. It was solely the territorial aspect of navigation which it was desired to bring out in the Opinion, and the other aspects could be neglected. The British Reply points this out, quite correctly, in paragraph 45, and the Belgian Rejoinder seems to admit it, by its opening sentence in paragraph 33. However, in his pleadings, the Belgian Agent again recurred to the Advisory Opinion in the Danube case.

While the Belgian arguments seek to restrict the conception of navigation by adducing this Advisory Opinion, which is not relevant, they endeavour to restrict the conception of freedom of navigation by adducing Article 109 of the Final Act of Vienna of 1815. According to paragraph 39 of the Belgian Counter-Memorial, the above-mentioned Article has already indicated "the scope of the freedom of navigation recognized on the waterways to which the Act relates: it is the freedom which consists in immunity from exclusion by a sovereign prohibition". However, in paragraph 32 of the Belgian Rejoinder, which has already been referred to, the sphere of navigation is singularly enlarged. The above-mentioned statement in the Counter-Memorial is relegated to the plane of "reflections offered by way of illustration" and needing to be supplemented by stating that navigation comprises "the taking of all action, for instance repairs and maintenance works, and abstention from any action, for instance the creation of difficulties or obstacles, in so far as this is

quand on se souvient que l'Acte final de Vienne ne parle pas de la navigation dans son aspect purement nautique, ayant « sa fin en elle-même », mais de la navigation sous le rapport du commerce, le complément apporté par la Duplique belge doit nécessairement impliquer que le régime de la navigation comprend l'acte du gouvernement riverain par lequel l'industrie de navigation fluviale d'un particulier se trouverait anéantie ; ce cas, d'après le Gouvernement britannique, est celui du sieur Chinn.

L'arrêt reconnaît « que la liberté de la navigation et la liberté du commerce sont, en principe, choses distinctes ». Toutefois, l'arrêt estime que, dans la présente affaire, il n'y a pas lieu d'envisager séparément la liberté de la navigation et celle du commerce. Le soussigné ne saurait partager cette manière de voir, et il ne comprend pas pourquoi on devrait, dans la présente affaire, abandonner la règle générale reconnue à juste titre par l'arrêt. Si la thèse belge veut entendre, par liberté de navigation fluviale, uniquement la liberté de circuler, en laissant de côté l'élément commercial, l'arrêt, dans la présente affaire, adopte le point de vue absolument opposé et interprète la liberté de navigation fluviale par des dispositions sur la liberté de commerce. La vérité se trouve au milieu : la liberté de navigation fluviale a certainement un côté commercial ; mais elle est une notion indépendante et n'est pas déterminée par des dispositions sur la liberté de commerce.

Si, dans un cas d'espèce, pour mesurer l'aspect commercial de la liberté de la navigation fluviale, on entend faire emploi d'autres dispositions conventionnelles relatives à la liberté du commerce, il faut reconnaître que, s'il n'y a pas de dispositions à cet effet, c'est-à-dire si la liberté du commerce est conventionnellement inexistante, l'aspect commercial de la liberté de navigation fluviale est réduit à zéro. Cette conséquence, à elle seule, devrait suffire pour que l'on soit très prudent en la matière.

L'hypothèse envisagée n'est du reste aucunement un *casus non dabilis*. Il serait facile de citer des fleuves internationaux dont l'acte de navigation prescrit la liberté de navigation sans que — dans l'acte lui-même ou dans une autre convention — il y ait de clause sur la liberté de commerce. Si le raisonnement de l'arrêt était exact, la liberté de navigation serait alors réduite à la liberté de circulation. Le raisonnement revient à vouloir interpréter un article sur la notion de liberté de navigation, notion bien connue dans le droit international fluvial, par d'autres éléments qui sont du domaine de la liberté du commerce et qui peuvent entrer en jeu dans une proportion

necessary to render this freedom effective". As has already been said, this supplementary explanation is correct. However, when it is kept in mind that the Final Act of Vienna does not speak of navigation in its purely nautical aspect, as an "object in itself", but of navigation in its commercial aspect, the supplementary explanation in the Belgian Rejoinder necessarily implies that the régime of navigation comprises the act of the riparian government by which the fluvial shipping industry of a private individual is extinguished, as, in the British Government's submission, happened in the case of Mr. Chinn.

The judgment recognizes that "freedom of navigation and freedom of commerce are, in principle, two different things". Nevertheless the judgment holds that, in the present case, there is no need to consider freedom of navigation and freedom of trade separately. The undersigned cannot agree with this view, and sees no reason in the present case for departing from the general rule which is recognized, quite correctly, in the judgment. If the Belgian Government's argument is that freedom of fluvial navigation merely signifies freedom of movement for ships, leaving the commercial aspect out of account, the judgment, in the present case, adopts a diametrically opposite standpoint, and interprets freedom of fluvial navigation by the provisions relating to the liberty of commerce. The truth lies mid-way between the two standpoints: freedom of navigation certainly possesses a commercial aspect; but it is an independent notion, and is not determined by the provisions relating to freedom of trade.

If, in a given case, in order to appraise the commercial aspect of the principle of freedom of fluvial navigation, reliance is placed on other treaty clauses concerning freedom of trade, it must be admitted that, if there exist no clauses of that nature—that is to say, if freedom of trade is not provided for in a treaty stipulation—the commercial aspect of freedom of fluvial navigation is reduced to nothing at all. Such a consequence should alone be sufficient to counsel the greatest prudence in this question.

The contemplated hypothesis is moreover by no means a *casus non dabilis*. It would be easy to mention international rivers whose navigation act prescribes freedom of navigation without there being, either in the act itself or in any other convention, any clause regarding freedom of trade. If the reasoning of the judgment were correct, freedom of navigation would thus be reduced to freedom of movement. The reasoning amounts to the interpretation of an article concerning freedom of navigation—a conception well known in international fluvial law—in the light of other factors belonging to the domain of freedom of trade which may enter into account to an extent

variant de zéro à cent pour cent. La liberté de navigation sur les fleuves internationaux, posée à Vienne, reprise à Berlin et non abandonnée à Saint-Germain, deviendrait de la sorte une notion bien peu stable.

Une interprétation qui conduit à de telles conséquences ne peut pas être bonne.

Et, en effet, il serait plus exact de considérer que la liberté de navigation sur les fleuves internationaux existe en soi et indépendamment de ce que d'autres clauses conventionnelles, liant les pays riverains, disent ou ne disent pas sur la liberté de commerce. Le droit des fleuves internationaux, tel qu'il s'est développé dans un grand nombre de conventions, veut que, sur certaines voies de communication importantes pour le commerce international, il existe une libre navigation, du point de vue du commerce également ; ce qui, entre autres, caractérise cette liberté de navigation, c'est précisément qu'elle est indépendante de ce qui est de droit dans les autres parties du territoire des pays riverains du fleuve international.)

Il n'en est pas autrement pour le Congo. Lorsque la Conférence de Berlin a doté le bassin du Congo d'un statut international, il a attaqué la matière de différents côtés : liberté de commerce, régime des indigènes, neutralisation, acte de navigation pour le Congo et ses affluents, etc. Il en est résulté certains doubles emplois. C'est ainsi que la navigation sur le Congo et ses affluents se trouve déjà visée dans l'article 2, qui se trouve dans le chapitre premier de l'Acte général. Mais la liberté de navigation prescrite dans l'article 13 a gardé exactement la même valeur indépendante qu'elle possède dans de nombreuses autres conventions concernant la navigation sur des fleuves internationaux. Et rien n'indique qu'il en serait autrement pour les articles 5 à 9 de la Convention de Saint-Germain.

Des observations qui précèdent, il ressort que, s'il était prouvé que la mesure prise par le Gouvernement belge le 20 juin 1931 a pratiquement réuni dans les mains de l'Unatra les transports fluviaux, en les rendant commercialement impossibles au sieur Chinn, — le seul navigateur sur le fleuve qui, avec l'Unatra, ne transportait que des marchandises appartenant à des tiers, — cette mesure serait en opposition avec la navigation entièrement libre que l'article 13 de l'Acte général de Berlin, repris pour les rapports juridiques comme ceux du présent litige par l'article 5 de la Convention de Saint-Germain, accordait au sieur Chinn. La mesure constituerait même un exemple caractéristique d'atteinte portée à la liberté de la navigation fluviale.

Cependant, les faits allégués par le Gouvernement britannique — l'impossibilité pour le sieur Chinn de continuer commercialement son industrie de transport, et ceci comme conséquence

varying from insignificance to decisive importance. The principle of freedom of navigation on international rivers, which was laid down at Vienna, reasserted at Berlin and not abandoned at Saint-Germain, would thus become a very uncertain conception.

An interpretation leading to such consequences cannot be sound.

It would, in fact, be more correct to regard freedom of navigation on international rivers as a principle having an existence of its own independently of what may or may not be said regarding freedom of trade by other treaty provisions binding the riparian States. The idea of the law of international rivers, as developed in a large number of conventions, is that, on certain waterways of importance for international trade, there should be freedom of navigation from the commercial standpoint also; one characteristic feature of this freedom of navigation is precisely that it is independent of what may be the law in other parts of the territory of States through which the international river passes.

This is also the case as regards the Congo. When the Conference of Berlin elaborated an international statute for the Congo Basin, it dealt with the matter from different aspects: freedom of trade, régime for native races, neutralization, a navigation act for the Congo, its tributaries, etc. As a result there has been some overlapping. Thus navigation on the Congo and its tributaries is already mentioned in Article 2 of Chapter I of the General Act. But the freedom of navigation prescribed in Article 13 retains precisely the same independent value as it possesses in many other conventions concerning navigation on international rivers. And there is nothing to indicate that the same does not hold good as regards Articles 5 to 9 of the Convention of Saint-Germain.

From the foregoing it follows that, if it were established that the measure taken by the Belgian Government on June 20th, 1931, had the effect of concentrating in the hands of Unatra the fluvial transport business by rendering it commercially impossible for Mr. Chinn—the only ship-owner on the river who, apart from Unatra, only carried goods belonging to others—to engage therein, that measure would be inconsistent with the right of entirely free navigation conferred on Mr. Chinn by Article 13 of the General Act of Berlin, which is reaffirmed as regards legal situations such as that existing in the present case by Article 5 of the Convention of Saint-Germain. The measure would even constitute a characteristic case of infringement of the freedom of fluvial navigation.

Nevertheless, the allegations of the Government of the United Kingdom—that it was commercially impossible for Mr. Chinn to carry on his transport business and that this

de la mesure prise par le Gouvernement belge le 20 juin 1931 — n'ont pas été prouvés. Le Gouvernement britannique a bien présenté un nombre considérable de chiffres et de statistiques concernant d'une part les quantités de marchandises transportées sur le Congo par les différents transporteurs avant et après l'entrée en vigueur de la mesure du 20 juin 1931, le 1^{er} juillet 1931, et, d'autre part, la façon dont la flotte congolaise se trouvait répartie entre les différents transporteurs avant et après le 1^{er} juillet 1931, etc. Il ressortirait de ces chiffres et statistiques que la mesure prise par le Gouvernement belge avait conféré à l'Unatra une position de monopole de fait, empêchant le sieur Chinn de continuer ses transports fluviaux.

D'autre part, le Gouvernement belge ne s'est pas borné à soutenir que cette mesure du 20 juin 1931, rentrant dans la sphère de la gestion de l'industrie fluviale nationale, ne pouvait, par conséquent, pas être en opposition avec la liberté de navigation conventionnelle, liberté qui se meut dans la sphère distincte du régime de la navigation; il a, de plus, présenté un nombre considérable de chiffres et de statistiques desquels il ressortirait que le sieur Chinn aurait très bien pu continuer son industrie de transports fluviaux après l'entrée en vigueur de la mesure du 20 juin 1931, savoir le 1^{er} juillet 1931.

Il est clair que l'évolution des faits à la suite de la mesure précitée ne peut pas concorder à la fois avec les assertions des deux Parties qui se contredisent pratiquement sur toute la ligne.

Dans ces conditions, l'agent britannique, lors de l'audience du 23 octobre 1934, a suggéré que la Cour, usant des pouvoirs dont elle dispose, provoque une enquête sur les faits. L'agent belge, dans la même audience, a constaté que la Cour, par son Statut, avait le pouvoir de donner satisfaction au désir exprimé par l'agent britannique et s'en est rapporté à sa sagesse.

A cet égard, il y a lieu d'observer qu'en effet l'article 50 du Statut de la Cour confère à celle-ci le droit de confier à tout moment une enquête ou une expertise à toute personne, corps, bureau, commission ou organe de son choix. Dans la présente affaire, plusieurs raisons militaient, semble-t-il, en faveur d'une telle expertise. Or, le texte du premier point de l'article premier du compromis veut que la Cour tienne compte de toutes les circonstances du cas (« *Having regard to all the circumstances of the case....* »). Ces mots sont fort bien à leur place dans une affaire qui, comme celle-ci, dépend tellement de l'appréciation de faits; en effet, il n'y a jamais eu devant la Cour d'autre affaire où les faits aient été controversés à ce point.

Il y a plus. La Cour n'est liée par aucun système de preuves, que la procédure soit instituée par un compromis ou par une requête. Sa tâche est de collaborer à l'établissement de la

was a consequence of the measure taken by the Belgian Government on June 20th, 1931—have not been established. The Government of the United Kingdom has certainly submitted a considerable number of figures and statistics concerning on the one hand the quantities of goods carried on the Congo before and after the coming into force of the measure of June 20th, 1931, on July 1st, 1931, and, on the other hand, the distribution of shipping on the Congo amongst the various transporters before and after July 1st, 1931, etc. These figures and statistics tend to show that the measure taken by the Belgian Government gave Unatra a virtual monopoly preventing Mr. Chinn from carrying on his river transport business.

On the other hand, the Belgian Government has not confined itself to maintaining that the measure of June 20th, 1931, fell within the sphere of the management of the national fluvial shipping industry and was not therefore inconsistent with the conventional freedom of navigation, which appertains to the quite distinct sphere of the régime of navigation; it has also produced a considerable quantity of figures and statistics tending to show that Mr. Chinn might well have carried on his river transport business after the coming into force of the measure of June 20th, 1931, on July 1st, 1931.

It is clear that the course of events subsequent to this measure cannot be consistent with the assertions of both Parties which contradict each other practically on every point.

In these circumstances, the Agent for the United Kingdom, at the hearing on October 23rd, 1934, suggested that the Court should exercise the powers possessed by it, and order an enquiry into the facts. The Belgian Agent, at the same hearing, observed that the Court could under its Statute comply with the wish of the Agent for the United Kingdom, and he left the matter to the Court.

It is to be noted that Article 50 of the Statute does in fact confer on the Court power at any time to entrust any individual, body, bureau, commission or other organization that it may select with the task of carrying out an enquiry or giving an expert opinion. In the present case, it would seem that there were several reasons in favour of such an enquiry. According to the terms of the first question in Article 1 of the Special Agreement, the Court is asked to have "regard to all the circumstances of the case". These words are very rightly inserted in a case which, like the present, depends to such an extent upon an appraisalment of the facts; indeed, there has never been a case before the Court in which the facts have been disputed to the same extent.

Furthermore, the Court is not tied to any system of taking evidence, whether proceedings are begun by Special Agreement or by Application. Its task is to co-operate in the objective

vérité objective. Certes, il appartient naturellement aux parties à un compromis d'apporter autant que possible la preuve de leurs assertions, et les Gouvernements en cause n'y ont pas manqué, ne fût-ce que parce que leurs intérêts le leur dictaient. Mais, lorsqu'une partie s'est efforcée de fournir la preuve de ses allégations et reconnaît qu'elle n'a peut-être pas réussi, et lorsqu'elle suggère à la Cour d'appliquer l'article 50 de son Statut, la Cour doit avoir des raisons très fortes pour ne pas entrer dans cette voie, et cela d'autant plus si, comme en l'espèce, les faits à établir se sont tous produits en dehors du territoire de la partie qui les allègue. La Cour ne saurait omettre aucun moyen lui permettant d'atteindre la vérité objective ; en matière de preuves, le Statut de la Cour prévoit, non pas une Cour passive, mais une Cour active.

*

Pour les raisons qui viennent d'être exposées, le soussigné ne saurait se rallier à l'arrêt de la Cour.

(Signé) v. EYSINGA.

ascertainment of the truth. Of course, it behoves the parties to a Special Agreement as far as possible to produce proof in support of their statements—if for no other reason than because it is to their interest—and the Governments concerned have not omitted to do this. But when one party has done its best to produce proof of its assertions and admits that perhaps it has not succeeded, and suggests that the Court should apply Article 50 of the Statute, the Court must have very strong reasons for not adopting this course, more especially if, as in the present case, the facts to be established all transpired outside the territory of the Party adducing them. The Court cannot omit to use any means which may enable it to ascertain the objective truth; as regards the obtaining of evidence, the Statute provides that the Court shall take active steps and not adopt a passive attitude.

*

For the foregoing reasons, the undersigned cannot concur in the judgment of the Court.

(*Signed*) V. EYSINGA.