

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE ELARABY

[Traduction]

Exception préliminaire à la compétence ratione temporis de la Cour — Contexte et libellé de la limitation ratione temporis ayant peut-être justifié que la Cour s'écarte du critère de la « cause réelle » adopté dans des affaires antérieures — Caractère fautif quant aux faits de la conclusion de la Cour selon laquelle la cause réelle du différend réside dans des faits ou situations antérieurs à la date critique — La Cour aurait dû joindre au fond l'exception à sa compétence ratione temporis — Rejet in limine de l'affaire par la Cour, après avoir reconnu l'existence d'un différend entre les Parties, ne contribuant pas de manière positive au règlement des différends internationaux.

1. Le fait que la Cour a conclu qu'elle n'avait pas compétence *ratione temporis* et que, dès lors, elle n'avait pas compétence pour connaître de la requête du Liechtenstein me porte à joindre à l'arrêt la présente opinion dissidente, afin d'expliquer les raisons pour lesquelles j'ai voté contre cette conclusion.

2. Pour conclure qu'elle n'avait pas compétence *ratione temporis*, la Cour s'est fondée sur deux prémisses :

- i) aux termes de l'alinéa a) de l'article 27 de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends, la Cour n'est pas compétente à l'égard des « différends concernant des faits ou situations antérieurs à l'entrée en vigueur de [cette] convention entre les parties au différend [c'est-à-dire antérieurs à 1980] » ;
- ii) la jurisprudence de la Cour actuelle et celle de sa devancière ont établi que sont pertinents pour statuer sur la compétence *ratione temporis* les faits ou les situations qui constituent « l'origine ou la cause réelle » du différend (arrêt, par. 46).

3. En concluant à un défaut de compétence *ratione temporis*, la Cour a reconnu à juste titre que « l'élément décisif n'[était] pas la date à laquelle le différend a[vait] vu le jour, mais celle des *faits ou situations* concernant lesquels le différend s'[était] élevé » (arrêt, par. 48 ; les italiques sont de moi). Elle a ensuite procédé à la détermination des faits ou situations qui constituaient « l'origine ou la cause réelle » du différend. La Cour a conclu « qu'il n'[était] pas contesté que le différend a[vait] été déclenché par les décisions des juridictions allemandes » (*ibid.* ; les italiques sont de moi) dans l'affaire du *Tableau de Pieter van Laer*, ajoutant toutefois que « [c]ette conclusion ne r[é]gl[ait] ... pas la question que la Cour [était] appelée à trancher » (*ibid.*) car, même si les décisions de ces juridictions ont été rendues après la date critique, elles ne constituent pas « l'origine ou la cause réelle » du différend. L'« origine ou la cause réelle » du différend, d'après la Cour, réside plutôt dans la situation créée par la convention sur le règlement et les décrets Beneš, situation et décrets qui sont antérieurs à la date critique (arrêt, par. 52).

4. En appliquant le critère de la «cause réelle», la Cour a adopté une analyse faite initialement dans deux affaires soumises à sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale, et qu'elle avait elle-même reprise en 1960 dans l'affaire du *Droit de passage*. A ce stade, il convient de souligner que, dans chacune des affaires citées par la Cour:

- a) les clauses d'exclusion figuraient dans des déclarations faites au titre de la clause facultative, non dans des traités; et
- b) les clauses en question utilisaient des termes identiques qui limitaient la compétence de la Cour aux différends «s'élevant ... relativement à des situations ou faits» postérieurs à la date critique, tandis qu'en l'espèce la limitation temporelle énoncée dans la convention européenne lui confère compétence à l'égard de différends «concernant des faits ou situations» postérieurs à la date critique.

5. De toute évidence, les termes utilisés dans la convention européenne ont un sens plus général que ceux des clauses visées dans les affaires précitées. C'est là un fait qui, de mon point de vue, pouvait imposer une interprétation du critère de la «cause réelle» différente de celle adoptée dans ces précédentes affaires, voire l'application d'un autre critère. De surcroît, en reconnaissant — comme elle l'a fait à plusieurs reprises dans son arrêt (par. 48 et 52) — que les décisions prises par les juridictions allemandes dans les années 1990 avaient «déclenché» le différend, la Cour paraît avoir également reconnu que ces décisions «concernaient» des faits ou situations qui étaient bien postérieurs à la date critique; mais la Cour n'a vu là aucune contradiction.

6. Aux fins de la présente opinion dissidente, cependant, je partirai de l'hypothèse que, nonobstant le libellé plus général de la limitation *ratione temporis* en l'espèce, le critère de la «cause réelle» est bien celui à retenir, et je me bornerai à expliquer pourquoi je pense que la Cour est parvenue à la mauvaise conclusion lorsqu'elle a appliqué ce critère aux circonstances particulières de la présente affaire.

7. Pour conclure que la cause réelle du différend ne résidait pas dans les décisions rendues par les juridictions allemandes dans les années 1990, mais dans des faits et situations intervenus avant les années 1980, la Cour est partie de l'hypothèse que les décisions de ces juridictions «ne [pouv]aient être dissociées de la convention sur le règlement ni des décrets Beneš» (arrêt, par. 51) car, d'après elle, ces décisions étaient simplement les dernières rendues dans une longue série d'affaires en lesquelles les juridictions allemandes avaient toujours conclu que la convention sur le règlement leur interdisait de se prononcer sur la licéité de confiscations de biens opérées à l'étranger (arrêt, par. 50). Or, ce raisonnement passe à côté du point essentiel, qui est que les juridictions allemandes n'avaient jamais appliqué auparavant la convention sur le règlement à des biens appartenant à un Etat neutre, de sorte qu'il n'y a pas de longue série d'affaires à prendre en considération. De plus, la convention sur le règlement est un traité qui vise uniquement les «avoirs allemands à l'étran-

ger». Le Liechtenstein est une tierce partie et n'est pas lié par les dispositions de cette convention. Que les décrets Beneš aient été fondés sur la nationalité ou sur l'appartenance ethnique (à savoir sur la notion plus large de personnes appartenant au peuple allemand, indépendamment de leur nationalité) est sans importance dans l'affaire introduite par le Liechtenstein contre l'Allemagne puisque cette dernière, le défendeur, n'a absolument joué aucun rôle dans l'adoption de ces décrets. Il n'a pas promulgué ou appliqué les décrets Beneš pour confisquer des biens liechtensteinois. En fait, par rapport à ces décrets, le demandeur et le défendeur se trouvent exactement dans la même situation: tous deux ont subi un préjudice par suite de confiscations opérées en vertu de ces décrets. Dans ces conditions, tous les faits et situations qui sont antérieurs à la date critique au sens de la convention européenne servent uniquement de contexte historique au différend surgi entre les Parties à la présente affaire.

8. Certains de ces faits seraient pertinents si le défendeur était la Tchécoslovaquie et si la présente procédure avait été instituée pour contester un quelconque aspect de la licéité des décrets Beneš. Mais tel n'est pas le cas ici. En outre, comme je m'efforce de l'expliquer, les circonstances de l'espèce ne sont pas les mêmes que celles qui sous-tendaient les trois affaires invoquées par la Cour. Il existe en effet une différence essentielle: dans chacune des trois affaires antérieures, certains actes imputables au défendeur et dont se plaignait le demandeur avaient eu lieu aussi bien *avant qu'après* la date critique, et la Cour, pour se prononcer sur la portée de sa compétence *ratione temporis*, devait déterminer lesquels de ces actes constituaient les faits et situations qui étaient «l'origine ou la cause réelle» du différend.

9. Ainsi, dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, l'Italie tirait-elle grief du fait que la législation française qui établissait un accaparement de l'industrie marocaine des phosphates au détriment d'une entreprise italienne avait été adoptée *avant* la date critique, tandis que la décision définitive du ministère des affaires étrangères de la France privant cette entreprise de ses droits avait été prise *après* cette date. Dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, la Belgique tirait grief du fait qu'une municipalité bulgare avait confisqué les biens d'une entreprise belge et qu'un tribunal mixte belgo-bulgare avait établi une formule pour fixer le tarif du charbon qui serait vendu par cette entreprise *avant* la date critique, tandis que les juridictions bulgares avaient appliqué cette formule d'une manière qui avait été cause d'une perte pour l'entreprise belge *après* cette date. Enfin, dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien*, le Portugal faisait valoir que certains «incidents mineurs» entre l'Inde et lui concernant le passage du Portugal sur le territoire indien s'étaient produits *avant* la date critique, tandis que son droit de passage lui avait été totalement nié *après* cette date. La Cour a certes apprécié, dans chaque affaire, les faits ou situations d'une manière différente — concluant dans une seule des affaires que les faits ou situations constituant «l'origine ou la cause réelle» du différend étaient antérieurs à la

date critique —, mais le fait est que, dans chacune de ces affaires, elle se trouvait face à des actes *imputables au défendeur* et dénoncés par le demandeur, actes qui avaient eu lieu *avant la date critique*. Il n'y a aucun acte de cette nature ici. Négliger de reconnaître ce fait et les conséquences juridiques qui en découlent, c'est s'écarter de la jurisprudence antérieure de la Cour.

10. Il devrait, à mon sens, être parfaitement limpide que ce sont les décisions par lesquelles, dans les années 1990, soit dix ans après la date critique, des juridictions allemandes ont considéré des biens du Liechtenstein, un Etat neutre, comme des avoirs allemands à l'étranger qui devraient être regardées comme la «cause réelle» du différend. Le Liechtenstein a prié la Cour de dire et juger que «l'Allemagne n'a[vait] pas respecté la souveraineté et la neutralité du Liechtenstein» (mémoire du Liechtenstein, p. 187, par. 1, al. a)) au motif que celle-ci avait traité des avoirs liechtensteinois comme des avoirs allemands. Aussi sa demande porte-t-elle exclusivement sur la validité, en droit international, des décisions rendues par les tribunaux allemands. La licéité de la confiscation de biens liechtensteinois en Tchécoslovaquie constitue une question distincte qui pourrait être l'objet d'un différend entre le Liechtenstein et la Tchécoslovaquie, mais non entre le Liechtenstein et l'Allemagne. Les décisions des juridictions allemandes revêtent donc ici le même caractère et la même nature que les événements qui s'étaient produits après la date critique dans les affaires de la *Compagnie d'électricité* et du *Droit de passage*. Dans cette dernière affaire, la Cour avait dit ce qui suit :

«C'est en 1954 seulement qu'une ... controverse a surgi et le différend porte à la fois sur l'existence d'un droit de passage pour accéder aux territoires enclavés et sur le manquement de l'Inde aux obligations qui, selon le Portugal, lui incomberaient à cet égard. C'est de cet ensemble qu'est né le différend soumis à la Cour; c'est cet ensemble que concerne le différend. *Cet ensemble, quelle que soit l'origine ancienne de l'une de ses parties, n'a existé qu'après [la date critique].*» (*Droit de passage sur territoire indien, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1960, p. 35; les italiques sont de moi.*)

11. Il est difficile de saisir comment, en l'espèce, l'«ensemble» aurait pu se matérialiser avant 1980 étant donné qu'il n'a été fait mention, en l'instance, d'aucune conduite imputable à l'Allemagne qui serait antérieure à cette date. C'est d'ailleurs ce qu'a admis la Cour lorsqu'elle a confirmé que la «question de savoir si cette convention [sur le règlement] s'appliquait ou non aux biens liechtensteinois n'avait jamais été soulevée auparavant devant des juridictions allemandes» (arrêt, par. 50). La Cour a démontré l'existence d'une «situation nouvelle», à savoir l'application «pour la première fois» d'une jurisprudence antérieure fondée sur la convention sur le règlement à des biens neutres et non allemands, et c'est cette situation qui, pour la première fois, a fait naître un différend entre le Liechtenstein et l'Allemagne.

12. Mon raisonnement est le suivant : si nous partons du fait établi, qui est que le défendeur n'est pas responsable des décrets Beneš, il faut légitimement se poser cette question : le défendeur a-t-il accompli après la date critique le moindre acte qui soit susceptible d'engager sa responsabilité internationale ?

13. Un examen du dossier de l'affaire donne à penser que deux actes de cette nature ont été accomplis par l'Allemagne. Le *premier* est l'échange de notes

«entre les Trois Puissances occidentales et le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne (les parties à la convention sur le règlement), aux termes duquel cette convention cesserait d'être en vigueur à la date d'entrée en vigueur du traité. Si cet échange de notes mettait fin à la convention sur le règlement elle-même, et notamment à l'article 5 du chapitre sixième (relatif à l'indemnisation par l'Allemagne), il prévoyait que les paragraphes 1 et 3 de l'article 3 du chapitre sixième «demeurer[ai]ent] cependant en vigueur».» (Arrêt, par. 15.)

En conséquence, l'Allemagne a maintenu la disposition énoncée à l'article 3 du chapitre sixième de la convention sur le règlement, qui lui impose de ne «soul[ever] ... aucune objection» contre les mesures prises à l'encontre d'«avoirs allemands à l'étranger», mais elle a mis fin à l'obligation d'indemnisation prévue à l'article 5 dudit chapitre, lequel stipule que «[l]a République fédérale veillera à ce que les anciens propriétaires de biens saisis en exécution des mesures visées aux articles 2 et 3 du présent chapitre reçoivent une indemnisation». Le *second* acte imputable à l'Allemagne est la décision prise par ses tribunaux d'appliquer la convention sur le règlement à des biens appartenant aux ressortissants d'un Etat neutre. Ces deux actes ont eu lieu bien après la date critique.

14. Il importe de rappeler, dans ce contexte, que la Cour européenne des droits de l'homme (la «CEDH») est parvenue à une conclusion similaire à la mienne lorsqu'elle a eu à se prononcer sur sa compétence *ratione temporis* dans l'affaire portée devant elle par le prince de Liechtenstein. Dans cette affaire, le prince formulait deux prétentions distinctes, dont une seule est reprise en l'espèce. S'agissant de la première — selon laquelle les décrets tchèques étaient illicites —, la CEDH a conclu qu'elle n'avait pas compétence *ratione temporis*¹. Elle a cependant établi une distinction importante entre cette prétention et la seconde prétention du prince, totalement distincte, à l'égard de laquelle elle a relevé

«que le grief du requérant ... n'a[va]it pas trait à la confiscation initiale du tableau opérée par les autorités de l'ex-Tchécoslovaquie

¹ *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne, Cour européenne des droits de l'homme, requête n° 42527/98, arrêt du 12 juillet 2001* (exceptions préliminaires de l'Allemagne, vol. II, annexe 1, p. 29-30, par. 84-85).

en 1946. En l'espèce, l'intéressé se plaint de ce que, comme il n'a pas pu obtenir une décision sur le fond de l'action en restitution du tableau qu'il a instituée devant les juridictions allemandes en 1992, l'œuvre ait finalement été rendue à la République tchèque. La compétence de la Cour pour connaître de cet aspect de la requête n'est donc pas exclue *ratione temporis*.»²

15. Ainsi la Cour européenne a-t-elle conclu que toute prétention relative aux décisions de justice rendues en l'affaire *Pieter van Laer* — la seconde prétention que le prince de Liechtenstein lui avait soumise — n'était «pas exclue [de sa compétence] *ratione temporis*»³ car les faits pertinents avaient eu lieu dans les années 1990, après la date critique. Or, c'est *uniquement* de cette seconde prétention que le Liechtenstein a saisi la Cour internationale de Justice, et celle-ci aurait selon moi dû conclure, à l'instar de la CEDH, qu'elle n'était pas empêchée d'exercer sa compétence à l'égard de cette prétention du Liechtenstein.

16. Pour résumer, je suis d'avis que la limitation temporelle figurant dans la convention européenne ne constituait pas une base appropriée pour conclure à un défaut de compétence de la Cour. A titre subsidiaire, j'estime que les différentes dimensions de l'affaire auraient pu être mieux explicitées si la Cour avait choisi d'examiner cette affaire plus avant en joignant la deuxième exception préliminaire de l'Allemagne au fond, conformément au paragraphe 9 de l'article 79 de son Règlement, au lieu de rejeter l'affaire *in limine*.

17. Je ne puis conclure sans exprimer les préoccupations que j'éprouve quant au résultat final. La Cour a déclaré qu'un différend d'ordre juridique existait bien entre les Parties, et a conclu que le véritable objet du différend était

«de savoir si, en appliquant l'article 3 du chapitre sixième de la convention sur le règlement à des biens liechtensteinois confisqués par la Tchécoslovaquie en 1945 au titre des décrets Beneš, l'Allemagne a[vait] violé les obligations qui lui incombent envers le Liechtenstein et, dans l'affirmative, de déterminer quelle serait la responsabilité internationale de l'Allemagne» (arrêt, par. 26).

Décliner sa compétence quand un différend persiste n'apporte pas de contribution positive au règlement des différends internationaux, qui constitue la mission fondamentale de la Cour.

² Exceptions préliminaires de l'Allemagne, vol. II, annexe 1, p. 29, par. 81.

³ *Ibid.*; les italiques sont de moi. La CEDH a pris soin de souligner qu'elle ne considérerait pas la conduite de l'Allemagne comme une continuation de celle de la Tchécoslovaquie:

«La Cour ajoute que, dans ces conditions, il n'est nullement question d'une violation continue de la convention imputable à la République fédérale d'Allemagne et susceptible de déployer des effets sur les limites temporelles à la compétence de la Cour.» (*Ibid.*, par. 85.)

18. Compte tenu de ce qui précède, j'ai voté pour l'alinéa *a*) du paragraphe 1 du dispositif, mais j'ai dû voter contre l'alinéa *b*) dudit paragraphe et le paragraphe 2 du dispositif.

(Signé) Nabil ELARABY.