

DISSENTING OPINION OF JUDGE OWADA

Characterization of subject-matter of the dispute crucial to deciding on preliminary objections — Treatment of Liechtenstein property by Germany as the real subject-matter of the dispute — Applicability of the Settlement Convention to Liechtenstein property — Scope of limitation ratione temporis on jurisdiction under Article 27 (a) of the European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes — Meaning of "disputes relating to facts or situations prior to the entry into force" of the Convention — Difference in formulation between "disputes relating to facts or situations" and "disputes with regard to facts or situations" — Definition of "the facts or situations giving rise to the dispute" — Jurisprudence in Phosphates in Morocco, Electricity Company of Sofia and Bulgaria and Right of Passage over Indian Territory cases — "Change of position" by Germany as the real source of the dispute — Objection based on the limitation ratione temporis to be rejected — All other preliminary objections raised by Germany to be rejected — Jurisdiction of the Court to entertain the Application of Liechtenstein to be upheld.

To my regret, I cannot associate myself with the conclusion of the Judgment that the Court has no jurisdiction to entertain the present case, especially as it relates to the finding that the second preliminary objection of Germany to the Court's jurisdiction is to be upheld. I wish to set out hereunder my own views on some of the salient issues involved with a view to clarifying the bases for my dissent.

I. THE ESSENTIAL NATURE OF THE DISPUTE

1. This case is unique in the sense that the Applicant and the Respondent are arguing their case at cross purposes. They base their respective arguments on different understanding of what the dispute between the Parties is about and what precisely the cause of action of the Applicant is.

2. Clearly it is this difference in approach to the case between the Parties in defining the essential nature of the dispute that forms a crucial element in this case at the present stage of the preliminary proceedings on objections raised by the Respondent. One critical question that the Court has to decide on in the present preliminary proceedings therefore is the question of "what is the subject-matter of the dispute?" This question has its relevance to most, if not all, of the preliminary objections raised by Germany in the present proceedings; more specifically the Court is to define its position on this point in dealing with the first preliminary objection relating to the existence *vel non* of a dispute between the Parties and

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE OWADA

[Traduction]

Détermination de l'objet du différend indispensable à une décision sur les exceptions préliminaires — Objet réel du différend consistant dans le traitement réservé par l'Allemagne aux biens liechtensteinois — Applicabilité aux biens liechtensteinois de la convention sur le règlement — Portée de la limitation ratione temporis à la compétence de la Cour prévue à l'alinéa a) de l'article 27 de la convention européenne sur le règlement pacifique des différends — Signification de l'expression « différends concernant des faits ou situations antérieurs à l'entrée en vigueur » de la convention — Différence entre l'expression « disputes relating to facts or situations » et l'expression « disputes with regard to facts or situations » — Définition des « faits ou situations donnant naissance au différend » — Précédents constitués par les affaires des Phosphates du Maroc, de la Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie et du Droit de passage sur territoire indien — « Changement de position » de l'Allemagne constituant l'origine réelle du différend — Exception fondée sur la limitation ratione temporis devant être rejetée — Ensemble des autres exceptions préliminaires soulevées par l'Allemagne devant être rejetées — Compétence de la Cour pour connaître de la requête du Liechtenstein devant être reconnue.

Je ne puis, à mon grand regret, m'associer à la conclusion à laquelle la Cour est parvenue dans son arrêt, à savoir qu'elle n'a pas compétence pour connaître de la présente affaire postulant à cet effet que la deuxième exception préliminaire d'incompétence soulevée par l'Allemagne doit être retenue. Dans le souci de préciser les motifs de mon désaccord, je voudrais exposer mes propres vues sur certaines des principales questions en cause.

I. NATURE FONDAMENTALE DU DIFFÉREND

1. Cette affaire a ceci d'unique que le demandeur et le défendeur sont dans des logiques parfaitement antagonistes. Leurs thèses respectives reposent sur des appréciations distinctes de l'objet du différend qui les oppose et de la nature exacte du motif d'action du demandeur.

2. Cette différence dans la manière qu'ont les Parties de définir la nature fondamentale du différend constitue sans conteste l'un des aspects majeurs en l'espèce, dans la phase préliminaire actuelle consacrée aux exceptions soulevées par le défendeur. L'une des questions essentielles que la Cour est appelée à trancher est donc, à ce stade, celle de savoir quel est l'objet du différend — question pertinente pour la plupart, sinon pour l'ensemble, des exceptions préliminaires soulevées par l'Allemagne en l'espèce. Plus spécifiquement, la Cour doit définir sa position sur ce point dans le cadre de l'examen des deux exceptions sur lesquelles elle a choisi de se prononcer dans son arrêt: la première, relative à la question

the second preliminary objection relating to the limitation *ratione temporis* on the jurisdiction of the Court, on both of which the present Judgment has chosen to pronounce itself.

3. Liechtenstein in its Application to institute proceedings before the Court claims that:

“(a) by its conduct with respect to the Liechtenstein property [which had been confiscated in Czechoslovakia under the ‘Beneš Decrees’ of 1945], in and since 1998, Germany failed to respect the rights of Liechtenstein with respect to that property;

(b) by its failure to make compensation for losses suffered by Liechtenstein and/or its nationals, Germany is in breach of the rules of international law.” (Application of Liechtenstein, para. 25.)

4. In support of this claim, the Applicant contends, *inter alia*, as follows:

“Under international law, having regard to Liechtenstein’s neutrality and the absence of whatsoever links between Liechtenstein and the conduct of the war by Germany, any Liechtenstein property that may have been affected by measures of an Allied power could not be considered as ‘seized for the purpose of reparation or restitution, or as a result of the state of war’.” (*Ibid.*, para. 9.)

“Subsequent to the conclusion of the Settlement Convention [of 1952], it was accordingly understood, as between Germany and Liechtenstein, that the Liechtenstein property did not fall within the régime of the Convention.” (*Ibid.*, para. 10.)

“In 1998 the position of the Federal Republic of Germany changed, as a result of the decision of the Federal Constitutional Court of 28 January 1998 [in a case concerning a painting which was among the Liechtenstein property seized in 1945 under the ‘Beneš Decrees’].” (*Ibid.*, para. 17.)

“Liechtenstein . . . protested to Germany that the latter was treating as German assets which belonged to nationals of Liechtenstein . . . Germany rejected this protest and in subsequent consultations it became clear that Germany now adheres to the position that the Liechtenstein assets as a whole were ‘seized for the purpose of reparation or restitution, or as a result of the state of war’ within the meaning of the Convention.” (*Ibid.*, para. 19.)

5. Thus Liechtenstein submits that “[t]here is accordingly a legal dispute between Liechtenstein and Germany as to the obligations of the latter with respect to Liechtenstein property” and that “[i]t is this dispute which is the subject of the present Application” (*ibid.*, para. 20).

de savoir s'il existe ou non un différend entre les Parties, et la deuxième, qui concerne la limitation à sa compétence *ratione temporis*.

3. Dans sa requête introductive d'instance, le Liechtenstein soutient que:

- «a) par sa conduite concernant des biens appartenant au Liechtenstein [confisqués en Tchécoslovaquie en application des «décrets Beneš» de 1945], l'Allemagne, en 1998 et depuis lors, n'a pas respecté les droits du Liechtenstein à l'égard des biens en question;
- b) en n'indemnisant pas le Liechtenstein et/ou ses ressortissants pour les pertes qu'ils ont subies, l'Allemagne viole les règles du droit international» (requête du Liechtenstein, par. 25).

4. A l'appui de cette affirmation, le demandeur avance entre autres les arguments suivants:

«En droit international, compte tenu de la neutralité du Liechtenstein et de l'absence d'un quelconque lien entre le Liechtenstein et la guerre menée par l'Allemagne, tout bien du Liechtenstein qui peut avoir été touché par les mesures d'une puissance alliée ne pouvait pas être considéré comme «saisi au titre des réparations ou des restitutions, ou en raison de l'état de guerre».» (*Ibid.*, par. 9.)

«Après la conclusion de la convention sur le règlement [de 1952], il était en conséquence entendu, entre l'Allemagne et le Liechtenstein, que les biens appartenant au Liechtenstein n'étaient pas soumis au régime de la convention.» (*Ibid.*, par. 10.)

«La République fédérale d'Allemagne a changé d'attitude en 1998 à la suite d'une décision rendue le 28 janvier de cette année-là par la Cour constitutionnelle fédérale [dans une affaire concernant une toile de maître qui faisait partie des biens appartenant au Liechtenstein saisis en 1945 en application des «décrets Beneš»].» (*Ibid.*, par. 17.)

«Le Liechtenstein ... a protesté auprès de l'Allemagne en faisant valoir que cette dernière traitait comme allemands des avoirs qui appartenaient à des ressortissants du Liechtenstein ... L'Allemagne a rejeté cette protestation et, au cours de consultations ultérieures, il est clairement apparu que l'Allemagne adopte désormais pour position que les avoirs du Liechtenstein dans leur ensemble ont été «saisis au titre des réparations ou des restitutions, ou en raison de l'état de guerre» au sens de la convention.» (*Ibid.*, par. 19.)

5. Le Liechtenstein soutient qu'«[i]l existe par conséquent un différend d'ordre juridique entre le Liechtenstein et l'Allemagne en ce qui concerne les obligations de cette dernière vis-à-vis des biens appartenant au Liechtenstein» et que «[c]'est ce différend qui fait l'objet de la ... requête» (*ibid.*, par. 20).

6. In support of its first preliminary objection that there is no legal dispute between Germany and Liechtenstein, the Respondent contends that the "change of position [as alleged by Liechtenstein], which supposedly led to a disagreement on a point of law, never occurred" and that "it is impossible to discern any disagreement on a point of law or fact between Germany and Liechtenstein" (CR 2004/24, p. 21, para. 42). Referring to the confiscation of certain Liechtenstein property by Czechoslovakia under the "Beneš Decrees", the Respondent claims that

"[b]etween Liechtenstein and Germany there exists no dispute concerning the lawfulness of the Czechoslovak seizures. Rather, the dispute is one between Liechtenstein and the successor(s) of former Czechoslovakia." (Preliminary Objections of Germany, Vol. I, Part III, Chap. I, Section I, D, p. 42, para. 60.)

It argues that "it is impossible to formulate the alleged dispute between Liechtenstein and Germany in a way which effectively distinguishes it from the real dispute between Liechtenstein and the Czech Republic" (CR 2004/24, p. 21, para. 43).

7. Liechtenstein on the contrary claims that "Germany address[es] a case that is not the case before [the Court]". According to Liechtenstein, its case is that

"Germany bears international responsibility for infringing Liechtenstein's neutrality and sovereignty by allowing Liechtenstein assets to be treated, for the first time in 1995, as German external assets for purposes of the Settlement Convention"¹.

It categorically states that "[t]his case is *not* about the legality of the Beneš Decrees", and that "[it] is *not* about Liechtenstein's dispute with Czechoslovakia . . . over property belonging to Liechtenstein and its nationals" (CR 2004/25, p. 12; emphasis in the original).

8. It is clear that here the Parties are presenting their respective different positions on the "subject-matter of the dispute" in the present case, not only by employing different formulations but also by addressing different substances. Needless to say, the question of what constitutes the dispute in a case before this Court in the final analysis has to be decided by the Court. Nevertheless, it stands to reason that since the case has been brought before the Court by Liechtenstein as Applicant against

¹ Convention on the Settlement of Matters arising out of the War and the Occupation, signed by the United States of America, the United Kingdom, France and the Federal Republic of Germany at Bonn on 26 May 1952 (as amended by Schedule IV to the Protocol on the Termination of the Occupation Régime in the Federal Republic of Germany, signed at Paris on 23 October 1954) (hereinafter referred to as the "Settlement Convention").

6. A l'appui de sa première exception préliminaire, selon laquelle il n'y a pas de différend juridique l'opposant au Liechtenstein, le défendeur plaide que le «changement de position allégué [par le Liechtenstein] et présenté comme ayant conduit à un désaccord sur un point de droit n'a jamais eu lieu» et qu'«on ne peut déceler aucun désaccord sur un point de droit ou de fait entre l'Allemagne et le Liechtenstein» (CR 2004/24, p. 21, par. 42). Evoquant la confiscation de certains biens liechtensteinois par la Tchécoslovaquie, en application des «décrets Beneš», le défendeur soutient que

«[i]l n'y a pas de différend opposant le Liechtenstein et l'Allemagne au sujet de la licéité des saisies tchécoslovaques. Le différend oppose plutôt le Liechtenstein et l'Etat ou les Etats successeur(s) de l'ancienne Tchécoslovaquie.» (Exceptions préliminaires de l'Allemagne, vol. I, troisième partie, chap. I, section I, D, p. 42, par. 60.)

Le défendeur affirme «qu'il est impossible de formuler le prétendu différend entre le Liechtenstein et l'Allemagne d'une façon qui parvienne effectivement à le distinguer du véritable différend l'opposant à la République tchèque» (CR 2004/24, p. 21, par. 43).

7. Le Liechtenstein allègue quant à lui que «l'Allemagne ... plaid[e] une affaire qui n'est pas celle dont [la Cour est] saisie[e]», alors que sa thèse consiste à affirmer que

«l'Allemagne est internationalement responsable d'avoir violé la neutralité et la souveraineté du Liechtenstein en permettant que des avoirs de cet Etat soient, pour la première fois en 1995, traités comme des avoirs allemands à l'étranger aux fins de la convention sur le règlement»¹.

Le Liechtenstein soutient catégoriquement que l'objet de l'affaire ne réside «ni dans la licéité des décrets Beneš», «ni dans le différend opposant le Liechtenstein à la Tchécoslovaquie ... au sujet de biens appartenant au Liechtenstein et à ses ressortissants» (CR 2004/25, p. 12; les italiques sont dans l'original).

8. Ainsi, dans l'exposé de leurs positions respectives concernant «l'objet du différend» en l'espèce, les Parties non seulement emploient des termes dissemblables, mais, de surcroît, traitent de questions distinctes. Il n'est guère besoin de préciser que c'est à la Cour qu'il revient en dernier lieu de définir l'objet des différends dont elle est saisie. Néanmoins, il va de soi que l'Allemagne étant partie défenderesse dans une affaire introduite à son encontre par le Liechtenstein, c'est

¹ Convention sur le règlement de questions issues de la guerre et de l'occupation, signée le 26 mai 1952 à Bonn par les Etats-Unis d'Amérique, le Royaume-Uni, la France et la République fédérale d'Allemagne (telle que modifiée par l'annexe IV au protocole sur la cessation du régime d'occupation dans la République fédérale d'Allemagne, signé à Paris le 23 octobre 1954) (ci-après dénommée la «convention sur le règlement»).

Germany as Respondent, it is in the Submissions of the Applicant that the formulation of the claims on which the Court must adjudicate is to be sought (cf. *Right of Passage over Indian Territory, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1960*, p. 27).

9. More specifically, the Court in the case concerning *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, in which the parties, while accepting that there existed a dispute between them, characterized the dispute differently, stated as follows:

"In order to identify its task in any proceedings instituted by one State against another, the Court must begin by examining the Application (see *Interhandel, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1959*, p. 21; *Right of Passage over Indian Territory, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1960*, p. 27; *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 260, para. 24). However, it may happen that uncertainties or disagreements arise with regard to the real subject of the dispute with which the Court has been seised, or to the exact nature of the claims submitted to it. In such cases the Court cannot be restricted to a consideration of the terms of the Application alone nor, more generally, can it regard itself as bound by the claims of the Applicant.

.....

It is for the Court itself, while giving particular attention to the formulation of the dispute chosen by the Applicant, to determine on an objective basis the dispute dividing the parties, by examining the position of both parties" (*Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 448, paras. 29 and 30; emphasis added).

10. When the divergent characterization of the subject-matter of the dispute given by the Applicant and the Respondent in the present case is closely examined in accordance with the principle enunciated by this jurisprudence of the Court, it seems clear that the subject-matter of the dispute in the present case is the question of international responsibility of Germany in its treatment of Liechtenstein property as "German external assets or other property, seized for the purpose of reparation or restitution, or as a result of the state of war" (hereinafter referred to as "German external assets or other property") for purposes of the Settlement Convention. On this point, therefore, I concur with the Judgment in its conclusion that

"the subject-matter of the dispute is whether, by applying Article 3, Chapter Six, of the Settlement Convention to Liechtenstein property that had been confiscated in Czechoslovakia under the Beneš Decrees in 1945, Germany was in breach of the international obligations it owed to Liechtenstein and, if so, what is Germany's international responsibility" (Judgment, para. 26).

11. Naturally the question of whether or not the allegation of Liechtenstein as quoted in paragraph 4 above, and especially the allegation that

dans les conclusions de ce dernier qu'est à rechercher la formulation des demandes sur lesquelles la Cour doit statuer (voir *Droit de passage sur territoire indien*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1960, p. 27).

9. Plus précisément, en l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, dans laquelle les parties convenaient de l'existence entre elles d'un différend sans pour autant le qualifier de la même manière, la Cour a indiqué ce qui suit:

«Aux fins d'identifier sa tâche dans toute instance introduite par un Etat contre un autre, la Cour commence par examiner la requête (voir *Interhandel*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1959, p. 21; *Droit de passage sur territoire indien*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1960, p. 27; et *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 260, par. 24). Toutefois, il arrive que des incertitudes ou des contestations surgissent quant à l'objet réel du différend dont la Cour est saisie ou à la nature exacte des demandes qui lui sont soumises. En pareil cas, la Cour ne saurait s'en tenir aux seuls termes de la requête ni, plus généralement, s'estimer liée par les affirmations du demandeur.

Il incombe à la Cour, tout en consacrant une attention particulière à la formulation du différend utilisée par le demandeur, de définir elle-même, sur une base objective, le différend qui oppose les parties, en examinant la position de l'une et de l'autre.» (*Compétence de la Cour*, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 448, par. 29-30; les italiques sont de moi.)

10. Un examen attentif, mené à la lumière du principe énoncé dans ce précédent, des définitions divergentes données de l'objet du différend par le demandeur et le défendeur semble faire clairement ressortir que, en l'espèce, le différend a pour objet la responsabilité internationale encourue par l'Allemagne pour avoir assimilé des biens liechtensteinois à «des avoirs allemands à l'étranger ou ... autres biens saisis au titre des réparations ou des restitutions, ou en raison de l'état de guerre» (ci-après dénommés «avoirs allemands à l'étranger ou autres biens») aux fins de la convention sur le règlement. Sur ce point, je m'associe donc à la conclusion de la Cour selon laquelle

«l'objet du différend est 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 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).

11. La question de savoir s'il est possible d'établir le bien-fondé de la thèse du Liechtenstein telle que citée au paragraphe 4 ci-dessus, et en par-

there has been a change in this respect in the position of Germany, can be established is a question that obviously belongs to the merits of the case. In holding that there exists a situation in which "complaints of fact and law formulated by Liechtenstein against Germany are denied by the latter" and that "[b]y virtue of this denial, there is a legal dispute" (Judgment, para. 25) between the Parties, the Court is not prejudging the validity of such "complaints of fact and law formulated by Liechtenstein". All that the Court should pronounce upon at this stage of the proceedings, where it is addressing strictly the preliminary objections raised by the Respondent only, is whether there does exist a legal dispute between the Parties on this point for the purposes of the jurisdiction of the Court.

II. THE ISSUE OF "DISPUTES RELATING TO FACTS OR SITUATIONS"

12. Having come to its conclusion as stated above on the question of whether there exists a legal dispute between the Parties in the present case and what constitutes the subject-matter of this dispute, the Court has to adhere to this characterization of the subject-matter of the dispute in examining the question raised in the second preliminary objection of the Respondent, i.e., the question of whether the dispute thus formulated will fall within the jurisdiction of the Court, *ratione temporis*, under Article 27 (a) of the European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes of 29 April 1957.

13. Preliminary to proceeding to the examination of the facts of the case in this respect, however, the first issue to be analysed is the meaning of the provision in Article 27 (a) of the Convention which excludes "disputes relating to facts or situations prior to the entry into force of this Convention as between the parties to the dispute" (emphasis added) from the scope of jurisdiction conferred upon the Court under this Article.

14. In every case before the Court, the basis of jurisdiction of the Court is the legal instrument that confers jurisdiction on the Court, be it a unilateral declaration accepting the compulsory jurisdiction of the Court or a compromissory provision in a bilateral or multilateral treaty to refer a dispute under the treaty to the Court. Each case has to be assessed on its own by interpreting the legal instrument in question that serves as the basis for jurisdiction.

15. From this point of view the question could arise as to whether the language employed in Article 27 (a) of the European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes should be interpreted differently from the more usual expression employed in some other cases that have come before this Court. By way of illustrations, in the *Phosphates in Morocco* case before the Permanent Court of International Justice, the legal instrument in question, the French declaration of 1930 accepting the compulsory jurisdiction of the Court, employed the expression "any disputes which may arise after the ratification of the present declaration *with regard to situations or facts* subsequent to this ratification" (*Phosphates*

ticulier de l'allégation selon laquelle l'Allemagne aurait opéré dans ce contexte un changement de position, relève sans conteste du fond de l'affaire. Lorsque la Cour constate que «les griefs formulés en fait et en droit par le Liechtenstein contre l'Allemagne sont rejetés par cette dernière» et que, «[d]u fait de ce rejet, il existe un différend d'ordre juridique» (arrêt, par. 25) entre les Parties, elle ne préjuge pas du bien-fondé de ces «griefs». La seule question que la Cour doit trancher, à ce stade de la procédure exclusivement consacré aux exceptions préliminaires soulevées par le défendeur, est celle de savoir si, aux fins de fonder sa compétence, il existe bien un différend juridique entre les Parties sur ce point.

II. LA QUESTION DES «DIFFÉRENDS CONCERNANT DES FAITS OU SITUATIONS»

12. S'étant ainsi prononcée sur la question de savoir s'il existe, en l'espèce, un différend juridique entre les Parties et quel en est l'objet, la Cour doit, au moment d'examiner la question soulevée dans la deuxième exception préliminaire du défendeur, s'en tenir à la définition de l'objet du différend à laquelle elle est parvenue. La question ainsi soulevée est de savoir si le différend tel que l'a défini la Cour relève de la compétence *ratione temporis* de celle-ci en vertu de l'alinéa *a)* de l'article 27 de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends du 29 avril 1957.

13. Préalablement à l'examen des faits en cause, il convient toutefois d'analyser le sens de la disposition énoncée à l'alinéa *a)* de l'article 27 de la convention, qui soustrait à la compétence que cette dernière confère à la Cour les «différends *concernant des faits ou situations* [*relating to facts or situations*] antérieurs à l'entrée en vigueur de la[dite] convention entre les parties au différend» (les italiques sont de moi).

14. La base de compétence est, dans toute affaire portée devant la Cour, l'instrument juridique qui lui confère cette compétence, qu'il s'agisse d'une déclaration unilatérale d'acceptation de sa juridiction obligatoire ou de la clause compromissoire d'un traité bilatéral ou multilatéral prévoyant que soit porté devant la Cour tout différend relatif à son application. Chaque instrument juridique invoqué comme base de compétence de la Cour dans une affaire appelle un examen distinct.

15. La question peut aussi se poser de savoir si les termes employés à l'alinéa *a)* de l'article 27 de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends doivent s'interpréter différemment de l'expression plus courante utilisée dans certaines autres affaires soumises à la Cour. A titre d'exemple, indiquons que, dans l'affaire des *Phosphates du Maroc* portée devant la Cour permanente de Justice internationale, l'instrument juridique en question, la déclaration française d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour, en date de 1930, employait l'expression «tous les différends qui s'élèveraient après la ratification de la présente déclaration *au sujet des situations ou des faits* [*with regard to situa-*

in *Morocco*, Judgment, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74, p. 22; emphasis added). In the *Electricity Company of Sofia and Bulgaria* case, also before the Permanent Court, the legal instrument in question was the Belgian declaration of adherence to the optional clause of the Court's Statute. That also used the formula "any disputes arising after the ratification of the present declaration with regard to situations or facts subsequent to this ratification" (*Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, Judgment, 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 77, p. 82; emphasis added). In yet another case in which the same issue of the scope of limitation *ratione temporis* on jurisdiction of the Court came before the present Court, i.e., *Right of Passage* case, the legal instrument in question was also the Indian declaration of acceptance of the jurisdiction of the Permanent Court of International Justice of 28 February 1940. Here again the declaration used the same formula of limiting the scope of acceptance to "disputes arising after February 5th, 1930, with regard to situations or facts subsequent to the same date" (*Right of Passage over Indian Territory*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1957, p. 151; emphasis added).

16. By contrast, the formula used in Article 27 (a) of the European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes is different. Formulated as a compromissory clause in a multilateral instrument, Article 27 (a) of the Convention limits the scope of jurisdiction of the International Court of Justice *ratione temporis* as follows:

"The provisions of this Convention shall not apply to:

- (a) *disputes relating to facts or situations* prior to the entry into force of this Convention as between the parties to the dispute." (Emphasis added.)

17. It therefore seems to be in order to engage in an examination of the legislative history of Article 27 (a) of the Convention within the Council of Europe where it was finally adopted, with a view to ascertaining whether this divergence from the more usual formulation employed in the other instruments was an intended one with the express purpose of producing a different legal effect on the part of the drafters of the instrument. At the drafting stage of the Convention, "Proposals of the Committee on Legal and Administrative Questions for a European Act for the Peaceful Settlement of Disputes"² included the following provision relat-

² Contained in Appendix, Part B, to Recommendation 36 (1952) on the establishment of a European Court of Justice and of a European Act for the Peaceful Settlement of Disputes.

tions or facts] postérieurs à cette ratification» (*Phosphates du Maroc*, arrêt, 1938, C.P.J.I. série A/B n° 74, p. 22; les italiques sont de moi). Dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, également examinée par la Cour permanente, l'instrument juridique était la déclaration d'adhésion de la Belgique à la disposition facultative du Statut de la Cour, qui utilisait une formulation semblable: «tous les différends qui s'élèveraient après la ratification de la présente déclaration au sujet de situations ou de faits [*with regard to situations or facts*] postérieurs à cette ratification» (*Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 77, p. 81; les italiques sont de moi). Dans une autre affaire qui, devant la présente Cour cette fois, soulevait cette même question du champ d'application de la limitation *ratione temporis* à la compétence de la Cour — l'affaire du *Droit de passage* —, l'instrument juridique était également une déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour permanente de Justice internationale, celle de l'Inde, en date du 28 février 1940. Là encore, le même libellé était employé [dans la version anglaise], cette acceptation ne couvrant que les «différends nés après le 5 février 1930, concernant des situations ou des faits [*with regard to situations or facts*] postérieurs à ladite date» (*Droit de passage sur territoire indien, exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 1957, p. 151; les italiques sont de moi).

16. La formulation [employée dans la version anglaise] de l'alinéa a) de l'article 27 de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends n'est, quant à elle, pas la même. Enoncé sous la forme d'une clause compromissoire d'un instrument multilatéral, l'article 27 de la convention limite, à son alinéa a), le champ de compétence *ratione temporis* de la Cour internationale de Justice dans les termes suivants:

«Les dispositions de la présente convention ne s'appliquent pas:

- a) aux différends concernant des faits ou situations [*relating to facts or situations*] antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente convention entre les parties au différend.» (Les italiques sont de moi.)

17. Un examen de la genèse de l'alinéa a) de l'article 27 de la convention au sein du Conseil de l'Europe, où elle fut finalement adoptée, semble dès lors approprié, aux fins de déterminer si ses auteurs se sont délibérément écartés de la formulation plus usuelle employée dans d'autres instruments dans le dessein de produire un effet juridique différent. Au stade de la rédaction de la convention, la «proposition de la commission des questions juridiques et administratives relatives à un acte européen de règlement pacifique des différends»² comprenait une disposition relative à la limitation *ratione temporis*, appelée à être incorporée à l'acte en ques-

² Contenu en annexe, partie B, de la recommandation 36 (1952) relative à l'institution d'une cour européenne de justice et à l'établissement d'un acte européen pour le règlement pacifique des différends.

ing to the limitation *ratione temporis* to be incorporated in the European Act (which grew into the European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes of 1957):

"It shall be deemed not to apply to disputes *arising out of facts* which occurred prior to the accession to the Act of Members parties to such disputes . . ." (Emphasis added.)

However, when these proposals were submitted to a Committee of Experts who then produced a draft "Final Report of the Committee of Experts on the Peaceful Settlement of Disputes and the Creation of a European Court of Justice" of 18 May 1953³, some change in the wording of this part took place. Thus in the Final Report adopted of 22 May 1953, the then Article 1 (2) (which later became Article 27 (a) of the draft Convention) came to include the following formula in relation to the limitation *ratione temporis* on the jurisdiction of the Court:

"This undertaking shall not apply to *disputes relating to facts or situations* prior to the entry into force of this Convention as between the parties to the dispute." (Council of Europe doc. CM (53) 58; A.12.822; TL.794/WM; Appendix II, p. 20; emphasis added.)

There is nothing in the relevant records available that can shed light on the background for this change. On the contrary, the "Comments on the Articles of the Preliminary Draft Convention" contained in the Final Report states by way of a commentary on Article 1 (2) (i.e., present Article 27 (a)) that:

"This paragraph sets a time-limit to *the facts giving rise to a dispute* which may be submitted to the Court. It lays down that the starting point shall be the date of the entry into force of the Convention." (Council of Europe doc. CM (53) 58; A.12.822; TL.794/WM, p. 6; emphasis added.)

18. In the absence of any further documentary evidence to clarify this point, it would seem reasonable to presume that the final change in wording on this crucial part of the formulation in Article 27 (a) of the Convention from "disputes arising out of facts" to "disputes relating to facts or situations" did not signify any intentional modification on the scope of the limitation *ratione temporis*, both being treated indiscriminately as referring to "*the facts giving rise to a dispute*".

19. Based on this analysis of the *travaux préparatoires* on the legislative history of the compromissory provisions of the Convention, it would

³ Council of Europe doc. EXP/RPD/JU (53); A.12.379; TL.794/WM/Unrevised.

tion (qui allait devenir la convention européenne pour le règlement pacifique des différends de 1957) et libellée comme suit:

«[L'adhésion des membres] doit être interprétée de plein droit comme ne s'appliquant [pas] aux différends *nés de faits* [*arising out of facts*] antérieurs à l'adhésion au présent acte des membres parties à ces différends.» (Les italiques sont de moi.)

Toutefois, après que cette proposition eut été soumise au groupe d'experts auteur du projet de «rapport définitif du comité d'experts pour le règlement pacifique des différends et la création d'une juridiction européenne unique» en date du 18 mai 1953³, ce libellé fut quelque peu modifié. Ainsi, dans le rapport définitif adopté le 22 mai 1953, la limitation *ratione temporis* à la compétence de la Cour énoncée au paragraphe 2 de l'article 1 (qui allait devenir l'alinéa *a*) de l'article 27 du projet de convention) se lisait comme suit:

«Cet engagement ne s'applique pas aux différends concernant des faits ou situations [*relating to facts or situations*] antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente convention entre les parties au différend.» (Conseil de l'Europe, doc. CM (53) 58; A.12.822; TL.794/WM; annexe II, p. 20; les italiques sont de moi.)

Les documents pertinents disponibles ne comportent aucun élément capable d'éclairer le contexte dans lequel est intervenue cette modification. Au contraire, dans les «commentaires des articles de l'avant-projet de la convention» qui figurent dans le rapport définitif, il est indiqué, en ce qui concerne le paragraphe 2 de l'article 1 (l'actuel alinéa *a*) de l'article 27), que:

«[c]et alinéa contient une limitation dans le temps quant aux faits qui peuvent donner naissance à un différend [*the facts giving rise to a dispute*] susceptible d'être soumis à la Cour. Il fixe comme point de départ l'entrée en vigueur de la convention.» (Conseil de l'Europe, doc. CM (53) 58; A.12.822; TL.794/WM, p. 6; les italiques sont de moi.)

18. En l'absence de tout autre document permettant d'apporter un éclairage sur ce point, il semble raisonnable de postuler que l'ultime reformulation de cette partie cruciale de l'alinéa *a*) de l'article 27 de la convention (de «différends nés de faits [*disputes arising out of facts*]» en «différends concernant des faits ou situations [*disputes relating to facts or situations*]») n'impliquait aucune modification intentionnelle du champ d'application de la limitation *ratione temporis*, les deux libellés étant indifféremment réputés renvoyer aux «faits qui peuvent donner naissance à un différend [*the facts giving rise to a dispute*]».

19. Sur la base de cette analyse des travaux préparatoires ayant marqué la genèse de la clause compromissoire de la convention, il semble que

³ Conseil de l'Europe, doc. EXP/RPD/JU (53); A.12.379; TL.794/WM/non révisé.

seem safe to conclude, as the Judgment seems to assume without going through a detailed analysis on this point, that the formulation of the limitation *ratione temporis* employed in the compromissory provisions of the European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes should be interpreted as being no different from the comparable formulations employed in the other legal instruments which were the subject of scrutiny in the previous three judgments of the Court, which now form the case law on this issue.

III. THE RELEVANT "FACTS OR SITUATIONS" IN RELATION TO THE DISPUTE

20. Having thus disposed of the issue of a possible distinction in law between different formulations on the question of limitation *ratione temporis* employed in different legal instruments, the next question that the Court is to examine is what are such "facts or situations giving rise to the dispute" in the present case.

21. In determining the issue of which facts or situations are to be regarded as "facts or situations giving rise to the dispute" in the context of the present case, it is of cardinal importance that we base ourselves on the characterization of the subject-matter of the dispute in the present case as the Court has identified it. I have already stated in Part I of this opinion that the proper way of looking at the present case, especially taking account of the claims of the Applicant as presented in its Application, is to define the subject-matter of the present dispute as consisting in the alleged change in the position of Germany in the 1990s, through a series of German court decisions, on the question of treatment of Liechtenstein property as "German external assets and other property" for the purposes of Article 3, paragraph 1, of Chapter Six of the Settlement Convention.

22. It is true that this allegation has not been fully elaborated by the Applicant at this stage of the proceedings, while the Respondent flatly denies that there has been any such change of position by Germany. In fact this question can only be determined definitively when the Court enters into a thorough examination of the facts of the case at the merits stage of the case. Nevertheless, on the basis of the relevant documents and the oral presentations both of the Applicant and of the Respondent submitted to the Court, it is difficult to deny that this Liechtenstein claim is something more than a sheer allegation which patently is not sustainable even on a *prima facie* basis of the facts made available to the Court. Germany claims that there has been no change of position in the jurisprudence of the German courts; and that its courts have consistently held that they are barred by the Settlement Convention from adjudicating on the lawfulness of any confiscation measures for the purposes named by the Settlement Convention (CR 2004/24, p. 15, para. 17). However, a glance at the jurisprudence of the German courts (cf. cases listed in Observations of Liechtenstein, Appendix I) seems to reveal that this

l'on puisse sans risque de se tromper conclure, ainsi que la Cour semble le postuler — mais sans l'inférer d'une analyse détaillée — dans son arrêt, que le libellé de la limitation *ratione temporis* employé dans ladite clause de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends doit être considéré comme équivalant aux formulations analogues des autres instruments juridiques examinés dans les trois précédents arrêts de la Cour, qui forment désormais la jurisprudence en la matière.

III. LES « FAITS OU SITUATIONS » PERTINENTS DANS LE CADRE DU DIFFÉREND

20. Ayant ainsi réglé la question d'une éventuelle distinction, en droit, entre les différentes formulations employées dans plusieurs instruments juridiques s'agissant de la question de la limitation *ratione temporis*, la Cour doit maintenant s'employer à examiner quels sont, en l'espèce, les « faits ou situations ayant donné naissance au différend ».

21. Pour trancher la question de savoir quels sont les faits ou situations devant être considérés comme ayant « donné naissance au différend » dans les circonstances de l'espèce, il est impératif de s'appuyer sur la définition de l'objet du différend telle que formulée par la Cour. J'ai déjà indiqué, dans la première partie de mon opinion, que l'optique dans laquelle il convient d'aborder la présente affaire, tout particulièrement eu égard aux prétentions du demandeur telles qu'énoncées dans sa requête, consiste à poser que le différend qui nous occupe ici a pour objet le changement de position qu'aurait opéré l'Allemagne dans les années 1990 — et qui ressortirait d'une série de décisions rendues par ses tribunaux — sur la question du traitement des biens liechtensteinois en tant qu'« avoirs allemands à l'étranger ou autres biens » aux fins du paragraphe 1 de l'article 3 du chapitre sixième de la convention sur le règlement.

22. Il est vrai que cette allégation n'a pas été développée en détail par le demandeur à ce stade de l'instance, tandis que le défendeur nie purement et simplement l'existence d'un tel changement de position. En réalité, cette question n'aurait pu être définitivement tranchée par la Cour que lors d'un examen circonstancié des faits au stade du fond. Néanmoins, d'après les documents pertinents et les plaidoiries des Parties devant la Cour, il est difficile de ne pas reconnaître que cette prétention du Liechtenstein est davantage qu'une allégation qui ne saurait manifestement être défendue, même *prima facie*, à la lumière des faits portés à la connaissance de la Cour. Selon l'Allemagne, la jurisprudence de ses tribunaux ne révèle aucun changement de position, ceux-ci ayant toujours estimé que la convention sur le règlement faisait obstacle à ce qu'ils se prononcent sur la licéité de toute mesure de confiscation prise aux fins indiquées dans la convention sur le règlement (CR 2004/24, p. 15, par. 17). Toutefois, un simple coup d'œil à cette jurisprudence (voir les affaires énumérées dans les observations du Liechtenstein, annexe I) nous apprend que cette dernière affirmation pourrait ne pas être entièrement exacte.

latter statement does not seem to be entirely accurate. It may be true that in those cases where the application of the Settlement Convention was involved, the German courts have consistently held that they lacked the competence to penetrate the legal veil of the provisions of Article 3, paragraph 1, of Chapter Six of the Settlement Convention and refrained from evaluating the lawfulness of the measures that had been applied to what were unquestionably "*German external assets*". As the Respondent itself concedes (CR 2004/24, p. 13, para. 11), however, no concrete case had arisen, until the *Pieter van Laer Painting* case was brought before the court in Cologne in which *the applicability itself of the Settlement Convention* to Liechtenstein property as "German external assets or other property" was considered for the first time.

23. The *AKU*⁴ case cited in this context by the Respondent as evidence of the German position quoted above (CR 2004/24, p. 15, para. 17) might appear to serve as a precedent for holding that "[Article 3, Chapter Six, of the Settlement Convention as amended by Schedule IV of the Paris Protocol of 23 October 1954] does not confer [upon German courts] a right to examine this question [of applicability of the Convention] in accordance with German law" (*International Law Reports*, Vol. 23 (1956), p. 23). However, it is preceded by one important condition by way of a proviso, which states as follows:

"The sole condition . . . which must now be satisfied in order that the jurisdiction of the German Courts shall be excluded is that the claim is concerned with an asset seized for the purpose of reparation or one of the other purposes referred to in paragraph 1 [of Article 3]." (*Ibid.*, p. 22.)

It would seem therefore that this decision, with this expressly stated proviso, could not be an authority on the point at issue here, i.e., that the German courts have consistently held that they were barred under the Settlement Convention from examining the *applicability itself of the Settlement Convention to neutral assets*.

24. To this extent at any rate, it thus seems undeniable that the position of the German courts in the *Pieter van Laer Painting* case, culminating in the decision of the court of the final instance in civil matters, i.e., the Bundesgerichtshof, followed by the decision of the Federal Constitutional Court of 14 January 1998 on a constitutional complaint which held that Liechtenstein property fell within the scope of the Settlement Convention, has had the effect of creating a new case law in applying the principle — a principle that may well have been consolidated *in relation to uncontestably "German external assets" that had been subject to war-*

⁴ See *AKU* case, Judgment of the German Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof) of 13 December 1956 (II ZR 86/54); see also *International Law Reports*, Vol. 23 (1956), pp. 21-24; *Neue Juristische Wochenschrift*, Vol. 10, Issue 6 (1957), p. 217.

Peut-être les tribunaux allemands se sont-ils toujours, dans les affaires mettant en cause l'application de la convention sur le règlement, estimés incompétents pour soulever le voile juridique jeté par les dispositions du paragraphe 1 de l'article 3 du chapitre sixième de la convention sur le règlement, et se sont-ils abstenus d'apprécier la licéité de mesures appliquées à des biens qui étaient *incontestablement* des «*avoirs allemands à l'étranger*». Ainsi que l'admet le défendeur lui-même (CR 2004/24, p. 13, par. 11), l'affaire du *Tableau de Pieter van Laer* portée devant le tribunal de Cologne fut la première à mettre en cause *l'applicabilité même de la convention sur le règlement* aux biens liechtensteinois en tant qu'«*avoirs* ou autres biens allemands à l'étranger».

23. La décision rendue en l'affaire *AKU*⁴ citée dans ce contexte par le défendeur pour étayer sa position (CR 2004/24, p. 15, par. 17) semble pouvoir être invoquée en tant que précédent établissant que «[l'article 3 du chapitre sixième de la convention sur le règlement telle qu'amendée par l'annexe IV du protocole de Paris en date du 23 octobre 1954] ne confère ... pas [aux tribunaux allemands] le droit d'examiner cette question [l'applicabilité de la convention] conformément au droit allemand» (*International Law Report*, vol. 23 (1956), p. 23). Toutefois, la conclusion énoncée en ces termes est précédée d'une clause restrictive notable, ainsi libellée :

«La seule condition qui doit ... être remplie pour que la compétence des tribunaux allemands soit exclue est que l'action en cause concerne un avoir saisi aux fins des réparations ou à l'une des fins énoncées au paragraphe 1 [de l'article 3].» (*Ibid.*, p. 22.)

Il apparaît donc que la décision rendue en l'affaire *AKU*, assortie de cette clause expresse, ne saurait faire jurisprudence sur le point ici en cause, à savoir le fait que les juridictions allemandes auraient toujours estimé que la convention sur le règlement leur interdisait d'examiner *l'applicabilité même de la convention sur le règlement à des avoirs neutres*.

24. Dans cette mesure, à tout le moins, il semble donc indéniable que la position des tribunaux allemands en l'affaire du *Tableau de Pieter van Laer*, qu'incarnent la décision prise par la plus haute juridiction civile allemande, le Bundesgerichtshof, et celle rendue ultérieurement, le 14 janvier 1998, par la Cour constitutionnelle fédérale, laquelle, saisie d'un recours constitutionnel, a conclu que les biens liechtensteinois entraient dans le champ d'application de la convention sur le règlement, a eu pour effet de créer une nouvelle jurisprudence en appliquant un principe qui était peut-être établi en ce qui concernait les biens constituant *incontestablement* des

⁴ Voir affaire *AKU*, arrêt de la Cour fédérale allemande de justice (Bundesgerichtshof) du 13 décembre 1956 (II ZR 86/54); voir aussi *International Law Report*, vol. 23 (1956), p. 21-24; *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 10, n° 6 (1957), p. 217.

time or post-war reparation régime by allied or other powers — to a new situation involving a neutral property of Liechtenstein.

25. Whether this contention of Liechtenstein concerning the alleged change in the position of Germany in the 1990s can stand the test of scrutiny in terms of facts and law surrounding the situation involving the painting of Pieter van Laer is of course an entirely different matter. This is an issue which has to be scrupulously examined when the Court comes to the merits stage of the case. Suffice it to say at this preliminary stage on jurisdiction that there is at least sufficient basis for holding that the subject-matter of the dispute is real and not just artificially constructed. In fact, this alleged "change of position of Germany", or more precisely, the treatment by Germany of Liechtenstein property as falling within the scope of Article 3 of Chapter Six of the Settlement Convention embodied in the decision of the highest German court in the 1990s, which can only be examined in detail at the merits stage of the case, is the key to definitively determining whether this situation amounted to the "facts or situations which have given rise to the dispute", thus satisfying the conditions *ratione temporis* prescribed by the compromissory provisions of the European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes.

IV. JURISPRUDENCE OF THE COURT ON "FACTS OR SITUATIONS" GIVING RISE TO THE DISPUTE

26. As the existence of a dispute between Liechtenstein and Germany has been established in the Judgment itself, the next step for the Court is to ascertain whether this dispute falls within or outside the scope of the jurisdiction conferred upon the Court by the compromissory provisions of Article 27 (a) of the European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes. On the basis of the interpretation given above on the formula "disputes relating to facts or situations" (Part II of this opinion), the question for the Court to address is whether *this dispute* is one "relating to facts or situations prior to the entry into force of [the] Convention as between the parties" as interpreted above.

27. In my view, an analysis of the past three cases before the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice, in which the issue of what are the "facts or situations giving rise to the dispute" was addressed by the Court and its predecessor, reveals that there appear to be two lines of approach in the case law of the Permanent Court and this Court:

- (1) the approach to look to those facts or situations which are *the real source of the dispute*, but not *the source of the rights which underlie the dispute*; and
- (2) the approach to take the dispute as "*the whole*" of a chain of events

«avoirs allemands à l'étranger» soumis au régime de guerre ou au régime des réparations de l'après-guerre par les puissances alliées ou autres à un cas de figure nouveau mettant en jeu les biens neutres du Liechtenstein.

25. La question de savoir si cette thèse du Liechtenstein relative au changement de position allégué de l'Allemagne dans les années 1990 résisterait à un examen des éléments de fait et de droit entrant en jeu dans le cas du tableau de Pieter van Laer est bien sûr une question totalement distincte, qui aurait dû faire l'objet d'une analyse scrupuleuse lors de l'examen au fond de l'affaire. Qu'il suffise à ce stade préliminaire, consacré à la compétence, de constater qu'à tout le moins les éléments sont suffisants pour permettre de conclure que le différend n'est pas une construction artificielle mais a un objet réel. A la vérité, ce «changement» allégué «de position de la part de l'Allemagne» ou, plus précisément, l'assimilation des biens liechtensteinois à des biens entrant dans le champ d'application de l'article 3 du chapitre sixième de la convention du règlement qu'aurait, à travers la décision de sa plus haute instance dans les années 1990, opérée l'Allemagne, et qui ne saurait être examinée en détail qu'au stade du fond, est la question clé dont l'analyse aurait permis de trancher si c'est en cela que résident les «faits ou situations ayant donné naissance au différend», auquel cas les conditions *ratione temporis* prévues par la clause limitative de compétence de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends seraient satisfaites.

IV. JURISPRUDENCE DE LA COUR CONCERNANT LES «FAITS OU SITUATIONS» AYANT DONNÉ LIEU AU DIFFÉREND

26. L'existence d'un différend entre le Liechtenstein et l'Allemagne ayant été établie dans le corps même de l'arrêt, il incombe ensuite à la Cour de déterminer si ce différend entre ou non dans le champ de la compétence qu'elle tire des clauses compromissoires de l'alinéa a) de l'article 27 de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends. Compte tenu de l'interprétation de l'expression «différends concernant des faits ou situations» donnée ci-dessus (deuxième partie de la présente opinion), la question qu'il incombe à la Cour d'examiner est celle de savoir si *ce différend* concerne «des faits ou situations antérieurs à l'entrée en vigueur de la ... convention entre les parties».

27. L'analyse des trois affaires dans le cadre desquelles la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice ont été appelées à déterminer quels étaient les «faits ou situations ayant donné naissance au différend» met, me semble-t-il, en lumière la coexistence dans la jurisprudence de deux manières d'aborder le problème:

- 1) l'une consistant à s'intéresser aux faits et situations qui constituent *l'origine réelle du différend* sans pour autant être *la source des droits sur lesquels repose celui-ci*; et
- 2) l'autre revenant à considérer le différend comme *l'«ensemble» d'une*

and looking to *those facts or situations which crystallize the dispute* by completing the cycle of its constituent elements.

The first approach places emphasis on the substantive problem of determining the *real cause* of the dispute, while the second approach looks to a formal aspect of the process of crystallization of the dispute by identifying the point in time at which a fact or a situation comes to constitute the critical factor which gives rise to a dispute in a concrete form.

28. These two lines of approach, however, represent different angles from which to look at the same situation, and therefore are not mutually exclusive. Indeed, it is the importance of a nexus of close and direct link between the dispute and the facts or situations which give rise to that dispute that is emphasized in both of the two approaches. This nexus of close and direct link connecting the dispute and the facts and situations which give rise to it is so essential that an authority on this subject was prompted to state that:

"It is believed . . . that in the long run there is little practical significance in this distinction [between the date on which the dispute arose and the date of the facts and situations which gave rise to it], at least in so far as concerns what occurs in the process of reaching the decision: a distinction between the date of a dispute, and the date of the facts and situations regarding which that dispute exists, may be one of form only." (Shabtai Rosenne, *The Time Factor and the Jurisprudence of the International Court of Justice*, p. 40.)

29. It is thus incumbent upon me to analyse how the case law in each of the three precedents works out this nexus in a concrete context and see how the case law is to be applied to the facts of the present situation. In the *Phosphates in Morocco* case, Italy brought claims against France, alleging that by a series of decrees the French had denied certain rights of Italian nationals in the Moroccan phosphates industry. The decrees preceded the critical date in the French optional clause declaration, but Italy argued that there was a continuing illegality, which had only been completed by certain acts subsequent to the date. After stating that "[s]ituations or facts subsequent to the ratification [of the optional clause declaration] could serve to found the Court's compulsory jurisdiction *only if it was with regard to them that the dispute arose*" (emphasis added), the Permanent Court of International Justice made the point that

"it would be impossible to admit the existence of such a relationship between a dispute and subsequent factors which either presume the existence or are merely *the confirmation or development of earlier situations or facts constituting the real causes of the dispute*" (*Phosphates in Morocco, Judgment, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74, p. 24*; emphasis added).

séquence d'événements, et à s'intéresser aux faits et situations qui, en tant que derniers maillons de cette chaîne, cristallisent le différend.

La première de ces approches met l'accent sur une question qui touche au fond et consiste à identifier la *cause réelle* du différend, tandis que la seconde s'intéresse à l'aspect formel du processus de cristallisation du différend, en cherchant à déterminer à quel moment un fait ou une situation en vient à constituer l'élément critique donnant, concrètement, naissance à un différend.

28. Ces deux démarches représentent toutefois deux manières de voir une même situation, et ne s'excluent donc pas l'une l'autre. En réalité, toutes deux mettent en valeur l'importance du lien à la fois direct et étroit entre le différend et les faits ou situations qui lui ont donné naissance. L'écheveau rattachant le différend aux faits et situations qui lui ont donné naissance revêt une telle importance qu'une autorité sur cette question a écrit à ce propos :

«En définitive, cette distinction [entre la date à laquelle le différend a surgi et celle des faits et situations qui lui ont donné naissance] semble n'avoir guère de signification, en pratique, à tout le moins aux fins du processus de décision : une distinction entre date d'un différend et date des faits et situations au sujet desquels s'est élevé ce différend peut n'être que formelle.» (Shabtai Rosenne, *The Time Factor and the Jurisprudence of the International Court of Justice*, p. 40.)

29. Il me revient donc d'analyser, au travers des trois précédents mentionnés, comment la jurisprudence démêle cet écheveau dans une situation concrète, et de voir comment cette jurisprudence doit être appliquée aux faits de l'espèce. Dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, l'Italie avait formulé des griefs à l'encontre de la France, affirmant que celle-ci avait, par une série de décrets, privé de certains droits des ressortissants italiens dans l'industrie des phosphates marocaine. Les décrets étaient antérieurs à la date critique découlant de la déclaration faite par la France en vertu de la clause facultative; toutefois, l'Italie avait fait valoir que l'on se trouvait en présence d'une illicéité s'étant perpétuée, laquelle ne s'était perfectionnée qu'avec certains actes postérieurs à cette date. Ayant déclaré que «[des] situations ou des faits postérieurs à la ratification [de la déclaration faite en vertu de la clause facultative] ne déterminent la juridiction obligatoire que si c'est à leur sujet que s'est élevé le différend» (les italiques sont de moi), la Cour permanente de Justice internationale a conclu que

«[o]n ne saurait reconnaître une telle relation entre un différend et des éléments postérieurs qui supposent l'existence ou qui ne comportent que la confirmation ou le simple développement de situations ou de faits antérieurs, alors que ceux-ci constituent les véritables éléments générateurs du différend» (*Phosphates du Maroc*, arrêt, 1938, C.P.J.I. série A/B n° 74, p. 24; les italiques sont de moi).

30. Relying on this dictum, Germany in the present case contends that the acts after 1980, including the decision of the German courts, were merely a confirmation or development of facts or situations that took place in the 1940s and the 1950s, i.e., the Beneš Decrees of 1945 and the Settlement Convention of 1952.

31. It is a fact, however, that the Settlement Convention as such, with its reference to "German external assets", created no dispute with neutral Liechtenstein. It is also a fact that the Settlement Convention had never before been applied to Liechtenstein assets by the German courts until the decision in the *Pieter van Laer Painting* case. Thus it was in the context of this new development of the 1990s which allegedly constituted a "new legal situation" and not just a "confirmation or development of earlier situations or facts" (*Phosphates in Morocco, Judgment, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74*, p. 24) that a concrete dispute arose between Germany and Liechtenstein.

32. In the *Electricity Company of Sofia and Bulgaria* case before the Permanent Court of International Justice, the Respondent, Bulgaria, relied on the so-called "double exclusion clause" (or the "Belgian formula") in the Belgian optional clause declaration. The Respondent argued that the situation underlying the dispute was created by the awards of the Belgo-Bulgarian Mixed Arbitral Tribunal, and in particular by the formula established by the awards for the fixing of the price, both of which antedated the critical date of the declaration. The complaints made by the Applicant, Belgium, concerning the application of this formula by the Bulgarian authorities related to the working of that formula and made it the centre point of the dispute.

33. In rejecting the argument of the Respondent on this point, the Court recalled what it said in the *Phosphates in Morocco* case, and stated that

"[t]he only situations or facts which must be taken into account from the standpoint of compulsory jurisdiction accepted in the terms of the Belgian declaration are those which must be considered as being *the source of the dispute*" (*Electricity Company of Sofia and Bulgaria, Judgment, 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 77*, p. 82; emphasis added),

and concluded as follows:

"It is true that a dispute may presuppose the existence of some prior situation or fact, but it does not follow that the dispute arises in regard to that situation or fact. A situation or fact in regard to which a dispute is said to have arisen must be *the real cause of the dispute*." (*Ibid.*; emphasis added.)

Thus the Court found that it was the subsequent acts with which the Belgian Government reproaches the Bulgarian authorities with regard to a

30. Se fondant sur ce *dictum*, l'Allemagne soutient en l'espèce que les actes postérieurs à 1980, et notamment les décisions de ses tribunaux, n'ont constitué que la confirmation ou le développement de situations ou de faits remontant aux années 1940 et 1950, à savoir les décrets Beneš de 1945 et la convention sur le règlement de 1952.

31. Il est toutefois établi que la convention sur le règlement en tant que telle, avec sa référence aux «avoids allemands à l'étranger», n'a engendré aucun différend avec le pays neutre qu'était le Liechtenstein. Il est également établi que, avant de statuer en l'affaire du *Tableau de Pieter van Laer*, les tribunaux allemands n'avaient jamais appliqué aux avoids liechtensteinois les dispositions de cette convention. C'est donc dans le contexte d'un nouvel état de fait survenu au cours des années 1990, qui constituerait non pas une «confirmation ou [un] simple développement de situations ou de faits antérieurs» (*Phosphates du Maroc*, arrêt, 1938, C.P.J.I. série A/B n° 74, p. 24), mais une «situation juridique nouvelle», qu'est apparu un différend concret entre l'Allemagne et le Liechtenstein.

32. Dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie* soumise à la Cour permanente de Justice internationale, le défendeur, la Bulgarie, invoquait la clause dite de «double exclusion» (ou «formule belge») de la déclaration faite par la Belgique en vertu de la clause facultative. Le défendeur soutenait que la situation à l'origine du différend avait été créée par les sentences du Tribunal arbitral mixte belgo-bulgare, et spécialement par la formule concernant la fixation des tarifs qu'avaient établie ces sentences, antérieures toutes deux à la date critique de la déclaration. Les griefs formulés par le demandeur, la Belgique, contre l'application par les autorités bulgares de cette formule touchaient, selon lui, au fonctionnement de celle-ci et la plaçaient au centre de la discussion.

33. La Cour a rejeté l'argument du défendeur sur ce point en se référant à ce qu'elle avait dit en l'affaire des *Phosphates du Maroc*, et en indiquant que

«[l]es situations ou les faits qui doivent être pris en considération au point de vue de la juridiction obligatoire acceptée dans les termes de la déclaration belge sont uniquement ceux qui doivent être considérés comme *générateurs du différend*» (*Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 77, p. 82; les italiques sont de moi).

La Cour a ajouté:

«Il est vrai qu'un différend peut présupposer l'existence d'une situation ou d'un fait antérieur, mais il ne s'ensuit pas que le différend s'élève au sujet de cette situation ou de ce fait. Il faut que la situation ou le fait au sujet duquel on prétend que s'est élevé le différend *en soit réellement la cause*.» (*Ibid.*; les italiques sont de moi.)

La Cour a ainsi estimé qu'étaient au centre de la discussion et devaient être considérés comme constituant les faits au sujet desquels le différend

particular application of the formula — which in itself had never been disputed — i.e., the decision of the Bulgarian Administration of Mines of 1934 and the judgments of the Bulgarian courts of 1936 and 1937 — which formed the centre point of the argument and must be regarded as constituting the facts with regard to which the dispute arose (cf. *Electricity Company of Sofia and Bulgaria, Judgment, 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 77*).

34. It seems clear that the present case has a close resemblance to the *Electricity Company of Sofia and Bulgaria* case in terms of how we define and apply the test of what constitutes *le fait générateur* in the context of the facts of the present situation. In the present case, the Beneš Decrees and the Settlement Convention are no doubt underlying factors of the dispute, and they relate to this dispute in the factual sense; it could thus be said that the dispute presupposes their existence. It does not follow, however, that the dispute therefore *arose in regard to those situations or facts*. It was not until the subsequent alleged position taken by Germany — the German court decisions applying the Settlement Convention to Liechtenstein property — that the dispute came into being in the eyes of Liechtenstein *as against Germany*.

35. In the *Right of Passage* case before this Court, the Applicant, Portugal, in its Application indicated that the subject of the dispute was the conflict of views which arose between Portugal and India when, in 1954, India opposed the exercise of Portugal's right of passage to certain Portuguese enclaves in the Indian territory. The Respondent, India, argued on the other hand that the Court was without jurisdiction under India's own optional clause declaration with limitation *ratione temporis*, because the dispute was the continuation of a conflict of views on this alleged right of passage, going back as far as 1818. There were also questions of treaty interpretation and practice dating back to 1779. Against the background of these complex historical factors, the Court came out with the conclusion that the critical factor that gave rise to the dispute occurred in 1954, when India opposed the exercise of Portugal's right of passage. After noting that the dispute submitted to the Court had a threefold subject — i.e., (1) the disputed existence of a right of passage in favour of Portugal; (2) the alleged failure of India in 1954 to comply with its obligations concerning that right of passage; and (3) the redress of the illegal situation flowing from that failure — the Court stated that "[t]he dispute before the Court, having this three-fold subject, could not arise until *all its constituent elements had come into existence*", in particular, the obstacles which India was alleged to have placed in the way of exercise of passage by Portugal in 1954 (*Right of Passage over Indian Territory, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1960*, p. 34; emphasis added). On that basis the Court concluded that "[t]he dispute therefore as submitted to the Court could not have originated until 1954" (*ibid.*, p. 34).

36. The conclusion that the Court arrived at as the real source of the

s'était élevé (voir *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 77) les actes ultérieurs reprochés par le Gouvernement belge aux autorités bulgares relativement à une application particulière de la formule qui, en soi, n'avait jamais été contestée — à savoir la décision de 1934 de l'Administration des mines de l'Etat bulgare et les sentences des tribunaux bulgares de 1936 et 1937.

34. La présente affaire affiche de toute évidence une forte similitude avec celle de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, en ce qui a trait aux paramètres permettant d'analyser et de définir ce qui constitue le fait générateur dans les circonstances de l'espèce. Dans la présente instance, il ne fait aucun doute que les décrets Beneš et la convention sur le règlement sont des facteurs qui sous-tendent le différend et le concernent au sens factuel; aussi pourrait-on dire que le différend présuppose leur existence. Pour autant, il ne s'ensuit pas que le différend se soit *élevé au sujet de ces situations ou de ces faits*. Ce n'est qu'au moment où l'Allemagne aurait adopté sa nouvelle position — ses tribunaux appliquant, dans le cadre de leurs décisions, la convention sur le règlement à des avoirs liechtensteinois — que serait né, aux yeux du Liechtenstein, un différend *l'opposant à l'Allemagne*.

35. Dans l'affaire du *Droit de passage*, soumise à la présente Cour, le demandeur — le Portugal — avait indiqué dans sa requête que l'objet du différend était l'opposition de vues surgie entre l'Inde et lui-même quand, en 1954, l'Inde s'était opposée à l'exercice du droit de passage permettant au Portugal d'accéder à certaines enclaves portugaises en territoire indien. Le défendeur — l'Inde — faisait quant à lui valoir que la Cour n'avait pas compétence du fait de la réserve *ratione temporis* de sa déclaration en vertu de la clause facultative, le différend étant la continuation d'un conflit de vues sur ce droit de passage allégué remontant à 1818. Se posaient également des questions d'interprétation de traités et de pratique conventionnelle remontant à 1779. Ayant pris en considération ces facteurs historiques complexes, la Cour est parvenue à la conclusion que l'élément critique ayant donné naissance au différend était survenu en 1954, lorsque l'Inde s'était opposée à l'exercice du droit de passage du Portugal. Ayant noté que le différend qui lui avait été soumis avait un triple objet — à savoir 1) l'existence contestée d'un droit de passage au profit du Portugal; 2) le manquement que l'Inde aurait commis, en 1954, à ses obligations concernant ce droit de passage; 3) le redressement de la situation illégale résultant de ce manquement —, la Cour a déclaré que «[l]e différend [qui lui était] soumis ... n'a[vait] pu naître que lorsque *tous ses éléments constitutifs [avaient] existé*», et parmi eux, «les obstacles que l'Inde aurait, en 1954, apportés à l'exercice du passage par le Portugal» (*Droit de passage sur territoire indien, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1960*, p. 34; les italiques sont de moi). A ce titre, la Cour a conclu que «[l]e différend tel qu'il [lui était] soumis ... n'a[vait] donc pu naître qu'en 1954» (*ibid.*, p. 34).

36. Appliquant le principe consistant à rechercher l'origine du diffé-

dispute in that case, applying the principle of looking for the origin of a dispute through the process of formation of the dispute as "the whole", is the following:

"It was only in 1954 that such a controversy [as to the title under which passage was effected] arose and the dispute relates both to the existence of a right of passage . . . and to India's failure to comply with obligations which, according to Portugal, were binding upon it in this connection. *It was from all of this that the dispute referred to the Court arose; it is with regard to all of this that the dispute exists. This whole*, whatever may have been the earlier origin of one of its parts, *came into existence only after [the critical date as specified in the optional clause declaration as the limitation *ratione temporis* on jurisdiction].*" (*I.C.J. Reports 1960*, p. 35; emphasis added.)

37. When the criterion enunciated by the Court in the *Right of Passage* case is applied to the present case, it seems clear that the decisive conclusive event that gave rise to the "difference in the legal positions" between Germany and Liechtenstein concerning the treatment of the Liechtenstein property, giving a concrete shape to the dispute as "the whole", whatever may have been the earlier origin of the factors that affected the destiny of Liechtenstein property, was the alleged decision by the German courts which held that the Settlement Convention was applicable to the Liechtenstein property in question as "German external assets and other property" for the purposes of the Settlement Convention and that therefore the German courts were barred from passing a judgment on the legality of the measures referred to in Article 3 of Chapter Six of the Settlement Convention. While the validity of this allegation has to be tested in light of the facts of the case, the jurisprudence of the *Right of Passage* case definitely tilts towards a conclusion that it is this development which, if proved, constitutes *le fait générateur du différend* which arose.

38. The present Judgment, in addressing the issue of jurisdiction *ratione temporis* contained in the second preliminary objection of Germany, comes out with the conclusion that

"the Court has no basis for concluding that prior to the decisions of the German courts in the *Pieter van Laer Painting* case, there existed a common understanding or agreement between Liechtenstein and Germany that the Settlement Convention did not apply to the Liechtenstein property seized abroad as 'German external assets' for the purpose of reparation or as a result of the war" (Judgment, para. 50).

While the Applicant in its Application stated that "[s]ubsequent to the conclusion of the Settlement Convention, it was accordingly understood, as between Germany and Liechtenstein, that the Liechtenstein property did not fall within the régime of the Convention" (Application of Liechtenstein, p. 8, para. 10), it has not substantiated in the present proceed-

rend dans le processus de sa formation en tant qu'«ensemble», la Cour a, dans l'affaire en question, caractérisé comme suit son origine réelle:

«C'est en 1954 seulement qu'une telle controverse [sur le titre selon lequel le passage était pratiqué] a surgi et le différend porte à la fois sur l'existence d'un droit de passage ... 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 indiquée dans la réserve ratione temporis à la compétence formulée dans la déclaration faite en vertu de la clause facultative].*» (C.I.J. Recueil 1960, p. 35; les italiques sont de moi.)

37. Une fois appliqué à la présente espèce le critère énoncé par la Cour en l'affaire du *Droit de passage*, il semble évident que l'événement décisif ayant donné naissance à la «divergence des vues juridiques» de l'Allemagne et du Liechtenstein sur la manière de considérer les biens liechtensteinois, matérialisant sous une forme concrète le différend dans «son ensemble», quelle qu'ait pu être l'origine plus ancienne des facteurs ayant présidé au destin de ces biens, a été la décision en vertu de laquelle les tribunaux allemands ont, est-il allégué, jugé que, en tant que les biens liechtensteinois constituaient des «avoirs allemands à l'étranger et autres biens» aux fins des dispositions de la convention sur le règlement, celle-ci leur était applicable, et qu'il n'était donc pas loisible auxdits tribunaux de se prononcer sur la licéité des mesures visées à l'article 3 de son chapitre sixième. Si la validité de cette allégation doit être mise à l'épreuve des faits de l'espèce, la jurisprudence en l'affaire du *Droit de passage* porte résolument à conclure que c'est cette évolution qui, sous réserve d'être avérée, constitue le fait générateur du différend.

38. Dans le présent arrêt, la Cour, en examinant la question de la compétence *ratione temporis* soulevée dans le cadre de la deuxième exception préliminaire de l'Allemagne, est amenée à déclarer qu'elle

«ne dispose d'aucune base pour conclure que, avant les décisions des juridictions allemandes dans l'affaire du *Tableau de Pieter van Laer*, aurait existé entre le Liechtenstein et l'Allemagne une entente ou un accord tel que les biens liechtensteinois saisis à l'étranger, en tant qu'«avoirs allemands à l'étranger», au titre des réparations ou en raison de la guerre auraient échappé aux dispositions de la convention sur le règlement» (arrêt, par. 50).

Le demandeur a, dans sa requête, allégué que «[a]près la conclusion de la convention sur le règlement, il était en conséquence entendu, entre l'Allemagne et le Liechtenstein, que les biens appartenant au Liechtenstein n'étaient pas soumis au régime de la convention» (requête du Liechtenstein, p. 9, par. 10), mais n'a pas, dans le cadre de la présente instance,

ings such common understanding between Liechtenstein and Germany. However, since the dispute at issue before the Court is whether Germany was in breach of its international obligations by its treatment of Liechtenstein property by applying the Settlement Convention to the property in question, this finding of the Court on the alleged change of position in itself does not seem to be decisive in determining whether the dispute has arisen with regard to this alleged new development. Of course whether such a "change of position", in the sense that Germany departed from a previously held position concerning the applicability of the Settlement Convention, thus incurring an international responsibility of Germany, has indeed taken place or not is an issue that has to be closely examined as the central issue of the merits of the case in subsequent proceedings.

39. On this last point, however, the Judgment, *ex cathedra* and without giving much substantive reasoning, declares as follows:

"the Court points out that German courts did not face any 'new situation' when dealing for the first time with a case concerning the confiscation of Liechtenstein property as a result of the Second World War. The Court finds that this case, *like previous ones on the confiscation of German external assets*, was inextricably linked to the Settlement Convention. The Court further finds that the decisions of the German courts in the *Pieter van Laer Painting* case cannot be separated from the Settlement Convention and the Beneš Decrees, and that these decisions cannot *consequently* be considered as the source or real cause of the dispute between Liechtenstein and Germany." (Judgment, para. 51; emphasis added.)

40. It is difficult to understand the logic of this conclusion, since the point at issue in the context of determining what constituted *le fait générateur* of this dispute is precisely the issue of whether a legal distinction can be made between the applicability of the Settlement Convention to what is undisputably to be regarded as "German external assets" (a thesis not contested by the Applicant) and the applicability of the Settlement Convention to neutral Liechtenstein property as "German external assets or other property" (a thesis fiercely contested by the Applicant, thus forming the *fons et origo* of the present dispute).

41. It is indisputable, as the Judgment states correctly, that the decisions of the German courts in the *Pieter van Laer Painting* case *cannot be separated from the Settlement Convention and the Beneš Decrees*. It does not follow, however, that "these decisions cannot *consequently* be considered as the source or real cause of the dispute between Liechtenstein and Germany" as the Judgment suggests (Judgment, para. 51; emphasis added). The fact that the Beneš Decrees and the Settlement Convention are even non-negligible factors that underlie, and thus constitute an

étayé l'existence d'une telle entente entre lui et l'Allemagne. Toutefois, l'objet du différend soumis à la Cour étant de savoir si l'Allemagne a violé les obligations internationales qui étaient les siennes en appliquant la convention sur le règlement réservé aux biens liechtensteinois, cette conclusion de la Cour sur le changement de position allégué ne semble pas en soi décisive s'agissant d'établir si c'est au sujet du nouvel état de fait qui serait ainsi survenu que s'est élevé le différend. La question de savoir si un tel «changement de position» s'est produit, autrement dit, de savoir si l'Allemagne s'est écartée de la position qu'elle avait jusqu'alors maintenue au sujet de l'applicabilité de la convention sur le règlement, et si sa responsabilité internationale se trouve de ce fait engagée, devait bien évidemment être examinée avec attention en tant que point central de la phase ultérieure de l'affaire, consacrée au fond.

39. Sur ce dernier point, la Cour relève toutefois, dans son arrêt, *ex cathedra* et sans réellement le motiver, que:

«lorsqu'ils furent pour la première fois appelés à examiner une affaire portant sur la confiscation de biens liechtensteinois consécutive à la seconde guerre mondiale, les tribunaux allemands ne se trouvèrent pas face à une «situation nouvelle». La Cour considère que cette affaire, *comme celles qui l'avaient précédée et avaient trait à la confiscation d'avoirs allemands à l'étranger*, était inextricablement liée à la convention sur le règlement. La Cour estime que les décisions rendues par les tribunaux allemands en l'affaire du *Tableau de Pieter van Laer* ne sauraient être dissociées de la convention sur le règlement ni des décrets Beneš, et qu'elles ne sauraient, *en conséquence*, être regardées comme étant à l'origine ou constituant la cause réelle du différend entre le Liechtenstein et l'Allemagne.» (Arrêt, par. 51; les italiques sont de moi.)

40. La logique qui mène à cette conclusion est difficile à suivre, puisque la question à trancher pour déterminer ce qui a constitué le fait générateur du présent différend consiste précisément à savoir si une distinction peut être établie, en droit, entre, d'une part, l'applicabilité de la convention sur le règlement à des biens devant incontestablement être considérés comme des «avoirs allemands à l'étranger» (élément que le demandeur ne conteste pas) et, d'autre part, son applicabilité à des biens neutres liechtensteinois en tant qu'«avoirs allemands à l'étranger ou autres biens» (un élément farouchement contesté par le demandeur — cette contestation constituant la source de l'origine du différend).

41. Il est indéniable, comme la Cour l'affirme à juste titre dans son arrêt, que les décisions rendues par les tribunaux allemands dans l'affaire du *Tableau de Pieter van Laer* ne sauraient être dissociées de la convention sur le règlement ni des décrets Beneš. Il est néanmoins impossible d'en inférer, ainsi que le fait la Cour dans son arrêt, qu'«[e]lles ne sauraient, *en conséquence*, être regardées comme étant à l'origine ou constituant la cause réelle du différend entre le Liechtenstein et l'Allemagne» (*ibid.*, par. 51; les italiques sont de moi). Il est incontestable que les

important background of, the colourful destiny of the Pieter van Laer painting is undeniable. In this sense it may be said that the decisions of the German courts on the *Pieter van Laer Painting* case cannot be separated from the Settlement Convention and, further, from the Beneš Decrees. However, this historical fact in itself cannot turn such "facts and situations" into *les faits générateurs du différend* (*Phosphates in Morocco, Judgment, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74, p. 23*), i.e., something which generates the dispute, constituting "the real source of the dispute", unless it is shown that indeed these facts and situations, directly and without further intervening events, gave rise to the dispute. It seems evident that such was not the case with either the Beneš Decrees or the Settlement Convention.

42. Based on the definition of the subject-matter of the dispute as identified earlier, and in light of the analysis offered above on the jurisprudence of the Court concerning the question of the limitation *ratione temporis* upon the Court's jurisdiction, the conclusion seems inescapable that, at any rate as far as this preliminary stage of the case is concerned, where the task of the Court is to be strictly confined to the examination of the question of whether the Court has jurisdiction to hear the case on the merits, it is difficult to agree with the conclusion of the Court, when it declares that

"[w]hile these decisions [of the German courts in the *Pieter van Laer Painting* case] triggered the dispute between Liechtenstein and Germany, the source or real cause of the dispute is to be found in the Settlement Convention and the Beneš Decrees" (Judgment, para. 52).

43. For these reasons, I come to the conclusion that the second preliminary objection of Germany has either to be rejected together with the first preliminary objection of Germany which has been rejected by the Judgment, or to be joined to the merits for further investigation, in accordance with Article 73, paragraph 7, of the Rules of Court.

44. It might be added that as can be seen from what has been stated above, I am not entirely in disagreement with the Judgment of the Court, as far as its general legal analysis of the case law of the Court is concerned, on the issue of what constitutes "facts or situations giving rise to the dispute" as represented by the three cases referred to in the Judgment. What I question is the manner in which this jurisprudence is applied to the facts of the present case.

V. OTHER PRELIMINARY OBJECTIONS

45. It would follow from this conclusion of mine that the Court would have to proceed further to the examination of four other preliminary

décrets Beneš et la convention sur le règlement sont des facteurs, et même non négligeables, ayant présidé au destin haut en couleur du tableau de Pieter van Laer, et forment par conséquent un contexte qu'il importe de prendre en compte — c'est en ce sens que l'on peut affirmer que les décisions rendues par les tribunaux allemands en l'affaire du *Tableau de Pieter van Laer* ne sauraient être dissociées de la convention sur le règlement ni, au-delà, des décrets Beneš. Toutefois, ce facteur historique ne saurait, à lui seul, ériger ces «faits et situations» en faits générateurs du différend (*Phosphates du Maroc*, arrêt, 1938, C.P.J.I. série A/B n° 74, p. 23), c'est-à-dire en faits à la source de ce différend, et qui en constituent «l'origine réelle», s'il n'est pas établi qu'ils lui ont bel et bien, directement et en l'absence de tout autre événement, donné naissance. De toute évidence, tel n'a été le cas ni en ce qui concerne les décrets Beneš ni en ce qui concerne la convention sur le règlement.

42. Compte tenu de la définition de l'objet du différend énoncée plus haut et de l'analyse ensuite donnée de la jurisprudence de la Cour relative à la question de la limitation *ratione temporis* à sa compétence, il semble difficile, s'agissant du moins de la présente phase préliminaire de l'affaire dans le cadre de laquelle la Cour doit se borner strictement à examiner la question de savoir si elle a compétence pour connaître du fond de l'affaire, de suivre celle-ci lorsqu'elle conclut :

«[s]i [l]es décisions [des tribunaux allemands en l'affaire du *Tableau de Pieter van Laer*] ont bien déclenché le différend opposant le Liechtenstein à l'Allemagne, ce sont la convention sur le règlement et les décrets Beneš qui sont à l'origine ou constituent la cause réelle de ce différend» (arrêt, par. 52).

43. Pour ces motifs, je conclus que la deuxième exception préliminaire de l'Allemagne aurait dû ou bien être rejetée conjointement avec la première, que la Cour a écartée dans son arrêt, ou bien être renvoyée au fond pour examen plus exhaustif, conformément au paragraphe 7 de l'article 79 du Règlement de la Cour.

44. J'ajouterai que, ainsi qu'il ressort du développement qui précède, je ne me dissocie pas entièrement de l'arrêt de la Cour; je ne suis pas en désaccord avec l'analyse juridique générale donnée par celle-ci de sa jurisprudence sur la question de savoir en quoi consistent les «faits ou situations ayant donné naissance [à un] différend», telle qu'elle ressort des trois affaires évoquées dans l'arrêt. Ce que je conteste, c'est la manière dont cette jurisprudence est appliquée aux faits de la présente espèce.

V. AUTRES EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES

45. De la conclusion à laquelle je suis parvenu, il découle logiquement que la Cour aurait dû procéder à l'examen des quatre autres exceptions

objections of Germany relating to the jurisdiction of the Court and to the admissibility of the claims of the Applicant, in order to determine whether it should go to the merits stage of the case. The present Judgment, however, has arrived at the conclusion that “[h]aving dismissed the first preliminary objection of Germany, but upheld its second, the Court finds that it is not required to consider Germany’s other objections and that it cannot rule on Liechtenstein’s claims on the merits” (Judgment, para. 53). Given my position as stated above, nevertheless, it is incumbent upon me to examine each and all of the remaining objections of Germany, in order to determine whether the Court has the competence to proceed to hear the case on the merits. Thus in the following paragraphs I shall state my views on the other preliminary objections raised by the Respondent; but I shall do so only in a somewhat summary fashion. This is due to the obvious point that there is no practical significance in such an exercise, seeing that the Judgment by majority has effectively terminated the present case for all purposes.

The Third Preliminary Objection relating to Domestic Jurisdiction

46. Germany contends that “the outcome of the German court proceedings would have been exactly the same even if the Settlement Convention did not exist”, since according to the applicable rules of private international law and confiscation law as applied and recognized in Germany, as in so many other countries in the world,

“[t]he painting found on German territory for the exhibition would have been returned to the owner according to Czech law, the museum, because Czechoslovakian law and now Czech law have governed the law of property for that painting for the last 50 years” (CR 2004/24, p. 33, para. 94).

On this basis Germany argues that “the decisions of the German courts, as to their results, were not a matter of international law” and that “as far as Liechtenstein is concerned, the matter was solely within the domestic jurisdiction of Germany” (*ibid.*, para. 95).

47. To this argument, Liechtenstein counter-argues that such an assertion is clearly a matter for the merits. It claims that in diplomatic consultation on the present dispute Germany at no time argued that this was a matter within its domestic jurisdiction, and further argues that

“[t]he issue [then] was not whether this was a matter for Germany alone, but whether neutral property seized as a result of a war could be treated by German courts as ‘German external assets’ which were ‘seized for the purpose of reparation or restitution’ as a result of the Second World War” (CR 2004/25, p. 35, para. 12).

préliminaires opposées par l'Allemagne à sa compétence et à la recevabilité des prétentions du demandeur, afin de trancher s'il convenait d'examiner l'affaire au fond. Ayant toutefois, dans le présent arrêt, «écarté la première exception préliminaire de l'Allemagne, mais retenu la deuxième, la Cour conclut qu'il n'y a pas lieu pour elle d'examiner les autres exceptions de l'Allemagne et qu'elle ne peut se prononcer au fond sur les demandes du Liechtenstein» (arrêt, par. 53). Néanmoins, compte tenu de la position que j'ai développée ci-dessus, il m'incombe d'examiner chacune des exceptions restantes de l'Allemagne, en vue de déterminer si la Cour aurait été compétente pour connaître du fond de l'affaire. J'exposerai donc, dans les paragraphes suivants, mes vues sur les autres exceptions préliminaires soulevées par le défendeur ; mais je ne le ferai qu'assez succinctement, étant entendu que cet exercice n'aura aucune conséquence pratique, la décision majoritaire reflétée dans l'arrêt ayant clos la présente instance.

La troisième exception préliminaire relative à la compétence nationale

46. L'Allemagne soutient que «même si la convention sur le règlement n'existait pas, les instances engagées devant la justice allemande auraient eu exactement la même issue», puisque, en vertu des règles applicables du droit international privé et du droit régissant les confiscations, telles que l'Allemagne les appliquait et les reconnaissait comme tant d'autres pays du monde,

«[l]a toile qui se trouvait sur le sol allemand en vue de l'exposition aurait été restituée à celui qui en était le propriétaire selon le droit tchèque, c'est-à-dire au musée, parce qu'elle était depuis cinquante ans soumise au droit des biens tchécoslovaque puis tchèque» (CR 2004/24, p. 33, par. 94).

Sur ce fondement, l'Allemagne fait valoir que «les décisions des juridictions allemandes, dans leurs résultats, ne concernaient pas le droit international» et que, «à l'égard du Liechtenstein, la question relevait exclusivement de la compétence nationale de l'Allemagne» (*ibid.*, par. 95).

47. A cet argument, le Liechtenstein répond qu'une telle assertion relève clairement du fond. Il plaide que, lors des consultations diplomatiques relatives au présent différend, «l'Allemagne n'a prétendu à aucun moment qu'il s'agissait d'une question relevant de sa compétence nationale», et soutient que

«[i]l s'agissait [alors] de savoir non pas si la question concernait uniquement l'Allemagne mais si des biens neutres saisis à la suite d'une guerre pouvaient être traités par des tribunaux allemands comme des «avoirs allemands à l'étranger» «saisis au titre des réparations ou des restitutions» à la suite de la seconde guerre mondiale» (CR 2004/25, p. 35, par. 12).

48. A careful examination of the arguments of the two Parties on this issue of domestic jurisdiction leads me to the following conclusions. First, the German argument that the German courts were simply applying a rule of private international law, accepted by the practice of States and the doctrine of international law, that the title to property is governed by *lex loci sitae rei* seems to be misdirected, inasmuch as the Liechtenstein cause of action in the present case is *not* based on the alleged violation of international law by the German courts in recognizing the validity of the Czechoslovak confiscation measures of 1945, but on their alleged violation in treating the neutral Liechtenstein property as "German external assets and other property" for the purposes of the Settlement Convention. On this basis, the dispute cannot be said to lie solely with the domestic jurisdiction of Germany. Also Germany, as the second line of defence on this objection has brought into its pleadings the argument that the Settlement Convention in effect disposed of the question and that Germany had no choice but to accept the terms of the Settlement Convention in the circumstances of the situation. Whatever the validity and the legal relevance of this argument, such a contention defeats the very legal basis of the third preliminary objection of Germany by bringing in the element of an international convention as relevant.

The Fourth Preliminary Objection relating to Article 40 of the Statute

49. On the admissibility of the Liechtenstein claims before the Court, Germany raises as its fourth objection the point that the Application is tainted by such profound flaws that the minimal requirement set out in Article 40, paragraph 1, of the Statute and in more detail in Article 38, paragraph 2, of the Rules of Court cannot be deemed to have been met. More specifically, it claims that "the Applicant has failed sufficiently to substantiate its contention that Germany has incurred responsibility on account of an internationally wrongful act" (CR 2004/24, p. 35. para. 101).

50. Liechtenstein counters this argument by stressing that Germany reshaped the Liechtenstein case into one entirely different from the one actually before the Court. Liechtenstein's point is that what is at issue in this case is "Germany's treatment of Liechtenstein property as *German external assets under the Settlement Convention* . . . which is the cornerstone of the present dispute" (CR 2004/25, p. 38; emphasis added). Liechtenstein further argues that "Article 40 (1) of the Statute and Article 38 (2) of the Rules of Court do not require an exhaustive statement of facts and grounds on which the claim is based in the application, but only a 'succinct' one" (*ibid.*, p. 37) and that the Applicant has done precisely that.

51. As has been stated earlier, some more substantiation may be needed for establishing this point both in terms of facts surrounding the

48. Un examen attentif des thèses des deux Parties sur cette question de la compétence nationale m'amène aux conclusions suivantes. Premièrement, l'argument de l'Allemagne selon lequel ses tribunaux auraient simplement appliqué une règle de droit international privé, reconnue dans la pratique des Etats et dans la doctrine du droit international, voulant qu'un droit de propriété soit régi par la *lex loci sitae rei* semble hors de propos dans la mesure où l'action du Liechtenstein en la présente espèce n'est pas motivée par la violation qu'auraient commise les tribunaux allemands en reconnaissant la validité des mesures de confiscation tchécoslovaques de 1945, mais par celle qu'ils auraient commise en traitant les biens liechtensteinois neutres comme des «avoirs allemands à l'étranger et autres biens» aux fins de la convention sur le règlement. On ne saurait, pour cette raison, affirmer que le différend relève exclusivement de la compétence nationale de l'Allemagne. Celle-ci a, en outre, plaidé à titre subsidiaire que ladite convention réglait effectivement la question, et que l'Allemagne n'avait eu d'autre choix, dans les circonstances où elle se trouvait, que de se conformer à ses dispositions. Quelles que soient sa validité et sa pertinence juridique, cet argument, en considérant comme pertinente une convention internationale, prend le contre-pied du fondement juridique même de la troisième exception préliminaire de l'Allemagne.

La quatrième exception préliminaire relative à l'article 40 du Statut

49. A propos de la recevabilité des demandes liechtensteinoises soumises à la Cour, l'Allemagne avance, à titre de quatrième exception, que la requête est entachée de vices si profonds que les conditions minimales énoncées au paragraphe 1 de l'article 40 du Statut, et précisées au paragraphe 2 de l'article 38 du Règlement, ne peuvent être considérées comme satisfaites. Plus précisément, elle affirme que «le demandeur n'a pas suffisamment étayé son affirmation selon laquelle l'Allemagne aurait engagé sa responsabilité en commettant un fait internationalement illicite» (CR 2004/24, p. 35, par. 101).

50. Le Liechtenstein répond à cet argument en faisant valoir que l'Allemagne a présenté une version de l'argumentation du Liechtenstein si bien remodelée qu'elle n'avait plus aucune ressemblance avec celle effectivement soumise à la Cour. La thèse du Liechtenstein consiste à affirmer que ce qui est en cause, c'est «l'assimilation des biens liechtensteinois à des avoirs allemands à l'étranger au sens de la convention sur le règlement ... [...] pierre angulaire du différend» (CR 2004/25, p. 38; les italiques sont de moi). Le Liechtenstein soutient par ailleurs que «le paragraphe 1 de l'article 40 du Statut et le paragraphe 2 de l'article 38 du Règlement de la Cour font obligation au demandeur non pas de présenter un exposé exhaustif des faits et moyens fondant la prétention formulée dans sa requête, mais seulement d'en présenter un exposé «succinct»» (*ibid.*, p. 37) et que c'est précisément ce qu'il a fait.

51. Comme précédemment indiqué, davantage de précisions pourraient être nécessaires afin d'étayer ces affirmations du Liechtenstein,

Liechtenstein allegation, as well as in terms of law that can legally link the German courts' judgments to an internationally wrongful act that is attributable to Germany. This does not lead us to the conclusion, however, that therefore the Liechtenstein Application does not satisfy the minimal conditions set out in Article 40, paragraph 1, of the Statute. The question of whether this claim of the Applicant, supported by the legal grounds offered by the Applicant, will meet the test of rigorous scrutiny by this Court is an entirely different matter. But this is a matter to be closely examined when the Court comes to the merits stage of the proceedings.

*The Fifth Preliminary Objection relating to the Absence of
the Third Party*

52. In the fifth preliminary objection relating to the admissibility of the Liechtenstein claim, Germany raises the issue of the absence of a "necessary third party" and contends that the core of the Application of Liechtenstein is

"the legality or illegality of the Beneš Decrees, that is to say decrees adopted by a State whose successor State is today visibly absent from these proceedings before [the] Court — not because it could not be present, but because it did not wish to be" (CR 2004/24, p. 48, para. 130; emphasis in the original).

53. Relying as authority on the jurisprudence of this Court in the *Monetary Gold Removed from Rome in 1943* case of 1954 (hereinafter referred to as the "*Monetary Gold*" case), Germany argues that in order to determine whether Liechtenstein is entitled to reparation on account of the damage it has suffered, it is necessary first to determine whether Czechoslovakia has committed an international wrong against it. To do that, according to Germany, it would be necessary to decide whether the Beneš Decrees were contrary to international law. On the basis of this so-called "necessary party" rule as established by the jurisprudence in the *Monetary Gold* case, Germany concludes that "the review of the lawfulness of the expropriations effected by Czechoslovakia constitutes a prerequisite for an examination of the unlawful acts attributed by Liechtenstein to Germany" (CR 2004/24, p. 52, para. 144). Under the circumstances of the present case, however, the Court cannot entertain Liechtenstein's claims which would oblige the Court to rule on the rights and obligations of the Czech Republic in its absence and without its consent.

54. Liechtenstein accepts that there is no disagreement on the analysis of jurisprudence of the Court offered by Germany that "[i]f . . . the legal interests of a third State constitute the 'very subject-matter' of a dispute brought to the Court and this third State is absent from the proceedings, the Court cannot exercise jurisdiction on the matter" and that "[l]egal

qu'il s'agisse pour lui de mieux établir les faits ou d'approcher les éléments de droit à même de justifier la conclusion selon laquelle les décisions des tribunaux allemands constituent un acte internationalement illicite attribuable à l'Allemagne. Je n'en inférerais pas pour autant que la requête du Liechtenstein n'a pas satisfait aux conditions minimales énoncées au paragraphe 1 de l'article 40 du Statut. La question de savoir si la prétention du demandeur, étayée par les divers moyens de droit qu'il invoque, aurait passé avec succès l'épreuve d'un examen rigoureux de la Cour est une question entièrement distincte. Mais c'est là une question sur laquelle la Cour n'était appelée à se pencher de près qu'au stade du fond.

La cinquième exception préliminaire concernant l'absence d'une tierce partie

52. Dans sa cinquième exception préliminaire à la recevabilité de la demande liechtensteinoise, l'Allemagne soulève la question de l'absence d'une « tierce partie indispensable » et soutient que ce qui est au cœur de la requête articulée par le Liechtenstein, c'est

« la licéité ou l'illicéité des décrets Beneš; c'est-à-dire de décrets pris par un Etat dont [on peut constater] que son successeur n'est pas, aujourd'hui, présent à l'instance; ceci, non parce qu'il ne le pouvait pas mais parce qu'il ne le *voulait* pas » (CR 2004/24, p. 48, p. 130; les italiques sont dans l'original).

53. S'autorisant de la jurisprudence de la Cour en l'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943*, de 1954 (ci-après dénommée l'affaire de l'*« Or monétaire »*), l'Allemagne soutient que, afin de savoir si le Liechtenstein a droit à recevoir réparation au titre du préjudice qu'il aurait subi, il faut d'abord déterminer si la Tchécoslovaquie a commis un fait illicite à son égard. Pour cela, il faudrait — selon l'Allemagne — décider si les décrets Beneš étaient contraires au droit international. Sur la base de cette règle dite de la « tierce partie indispensable » telle qu'établie par la jurisprudence de l'*Or monétaire*, l'Allemagne conclut que « l'examen de la licéité des saisies opérées par la Tchécoslovaquie constitue un préalable indispensable à celui des faits illicites imputés par le Liechtenstein à l'Allemagne » (CR 2004/24, p. 55, par. 144). Or, de son point de vue, la Cour ne saurait, dans les circonstances de l'espèce, connaître des demandes du Liechtenstein, qui l'obligeraient à statuer sur les droits et obligations de la République tchèque en son absence et sans son consentement.

54. Le Liechtenstein admet ne pas être en désaccord avec l'analyse de la jurisprudence de la Cour proposée par l'Allemagne, d'où il ressort que, « si les intérêts juridiques de l'Etat tiers constituent « l'objet même » du différend dont la Cour est saisie et que l'Etat tiers est absent de la procédure, la Cour ne peut exercer sa compétence sur la question », et que

interests of a third State do constitute the very subject-matter of a dispute if . . . the Court cannot decide on the claims before it without prior determination as to the rights or obligations of the third State" (CR 2004/25, p. 51, para. 5).

55. In applying this principle to the concrete situation of the present case, however, Liechtenstein argues *a contrario* that:

"it equally follows that the Court not only has the right, but also the duty, to adjudicate on the application where the rights of a third State do not constitute 'the very subject-matter' of the judgment sought, even if that State's interests might be 'affected'⁵, or [if] it has an 'interest of a legal nature' which might 'be affected'⁶ or [if], as in the *Nauru* case, the Court's decision might 'have implications for the legal situation of the [third] States concerned'⁷" (CR 2004/25, p. 51).

According to Liechtenstein, the present case falls in this category, where neither the illegality of the Beneš Decrees nor Czechoslovakia's right to war reparation are in any sense the "very subject-matter" of the present proceedings. While Liechtenstein considers that it has been the victim of the Beneš Decrees of 1945, which resulted in the unjust confiscation of Liechtenstein assets wrongly equated with German property, it nevertheless claims that the dispute between Liechtenstein and the successor States of Czechoslovakia is completely separate from the one which is the subject of the present proceedings.

56. In light of the nature of the subject-matter of the dispute as characterized above (cf. Judgment, para. 26), i.e., the one consisting in the question of whether, by applying Article 3, Chapter Six, of the Settlement Convention to Liechtenstein property that has been confiscated in Czechoslovakia under the Beneš Decrees in 1945, Germany was in breach of its obligations it owed to Liechtenstein, it would seem difficult to argue that the Application in question relates to a case in which the legal interests of a third State constitutes the "very subject-matter" of this dispute. If there should be any question on this point in view of the complex nature of the facts surrounding the case, this question could also be joined to the merits in accordance with Article 79, paragraph 7, of the Rules of Court.

The Sixth Preliminary Objection relating to the Exhaustion of Local Remedies

57. In the sixth and final objection relating to the admissibility of Liechtenstein claim, Germany raises the issue of non-exhaustion of local

⁵ *Monetary Gold Removed from Rome in 1943, Judgment, I.C.J. Reports 1954*, p. 32.

⁶ *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 104, para. 34.

⁷ *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992*, p. 261, para. 55.

«[l]es intérêts juridiques d'un Etat tiers constituent l'objet même du différend si ... la Cour n'est pas en mesure de se prononcer sur les demandes qui lui sont adressées sans statuer au préalable sur les droits et obligations de l'Etat tiers» (CR 2004/25, p. 51, par. 5).

55. Appliquant ce principe à la situation concrète de l'espèce, le Liechtenstein se démarque pourtant du défendeur en affirmant

«qu'il ... résulte aussi [de cette jurisprudence] que la Cour a non seulement le droit, mais aussi le devoir de se prononcer sur la requête, lorsque les droits d'un Etat tiers ne sont pas «l'objet même» de l'arrêt à intervenir, et quand bien même les intérêts de cet Etat tiers pourraient être «touchés»⁵ ou un «intérêt d'ordre juridique» pourrait être pour lui «en cause»⁶ ou si, comme dans l'affaire de *Nauru*, la décision de la Cour risquait d'«avoir des incidences sur la situation juridique des deux autres Etats concernés»⁷» (CR 2004/25, p. 51).

Selon le Liechtenstein, la présente instance relève de cette catégorie, dans laquelle ni l'illicéité des décrets Beneš ni le droit de la Tchécoslovaquie à des réparations de guerre ne sont en aucune manière «l'objet même de la procédure». Si le Liechtenstein considère qu'il a été victime des décrets Beneš de 1945, qui ont entraîné la confiscation injuste des avoirs liechtensteinois assimilés à tort à des biens allemands, il n'en prétend pas moins que le différend qui l'oppose aux Etats successeurs de la Tchécoslovaquie est tout à fait distinct de celui qui fait l'objet de la présente procédure.

56. L'objet du différend tel que défini ci-dessus (voir l'arrêt, par. 26) étant 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 violé les obligations qui lui incombaient envers le Liechtenstein, la thèse selon laquelle la requête en question a trait à un différend dont les intérêts juridiques d'un Etat tiers constitueraient «l'objet même» se défend malaisément. Si la moindre question se posait à cet égard au vu de la nature complexe des circonstances de l'espèce, elle aurait également pu être examinée au fond conformément aux dispositions du paragraphe 7 de l'article 79 du Règlement de la Cour.

La sixième exception préliminaire relative à l'épuisement des recours internes

57. Dans sa sixième et dernière exception à la recevabilité de la demande liechtensteinoise, l'Allemagne soulève la question du non-

⁵ *Or monétaire pris à Rome en 1943*, arrêt, C.I.J. Recueil 1954, p. 32.

⁶ *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 104, par. 34.

⁷ *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 261, par. 55.

remedies. Specifically, it contends that "the Liechtenstein nationals who had been victims of Czechoslovak confiscations had not exhausted all the local remedies with a view to recovering the property of which they had been dispossessed or to claiming compensation" (CR 2004/24, p. 57). Against this contention, Liechtenstein argues that "[i]n its Application [it] raises claims against Germany *primarily on its own account*, as Germany's conduct directly violated Liechtenstein's own rights as a sovereign State and as a State which was neutral during the Second World War" (CR 2004/25, p. 43; emphasis added), and "additionally on account of its citizens" (*ibid.*, p. 42).

58. Liechtenstein argues that the local remedies rule is restricted to cases of diplomatic protection, but is not applicable to cases where a State is *directly* injured in its State-to-State rights. This distinction, endorsed by the Court in the *Interhandel* and *Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI)* cases, is accepted by Germany as a matter of general principle; at the same time Germany, denying its application to the present case, asserts that "it is impossible to find that there has been any infringement whatsoever of the sovereign rights of Liechtenstein as a State" (CR 2004/26, p. 24). As far as the Liechtenstein claim that it has suffered a direct injury as a State from Germany by its conduct is concerned, it is clear that the requirement of exhausting local remedies cannot be a procedural bar to this part of the claims presented by Liechtenstein.

59. As for injuries suffered by nationals of Liechtenstein, Germany argues that "the Liechtenstein nationals concerned did not defend their rights before the Czechoslovak courts when the confiscation strategy was implemented" (CR 2004/24, p. 59, para. 151). Germany claims that it is entitled to invoke this inaction of the Liechtenstein nationals concerned as a defence in the application of the rule of exhaustion of local remedies, "because the Czechoslovak measures were the decisive acts, depriving the owners of the enjoyment of their property" (CR 2004/24, p. 60, para. 152).

60. This is indeed a bizarre defence by the Respondent on the question of non-exhaustion of local remedies in relation to a claim whose cause of action lies, not in the illegal confiscation of assets of Liechtenstein nationals carried out by Czechoslovak authorities, but in the alleged illegal action by German authorities of treating these assets of neutral nationals as "German external assets and other property" for reparation purposes of Germany. Given this nature of the Liechtenstein claims, the principle of exhaustion of local remedies should be examined in relation to whatever local remedies available in Germany in relation to this point, and not in Czechoslovakia in relation to the confiscation measures.

61. In this respect, the final character in the German judicial system of the judgment of the Federal Constitutional Court of Germany in the

épuisement des voies de recours internes. Elle fait plus précisément valoir que «les ressortissants du Liechtenstein qui ont été victimes de mesures tchécoslovaques de confiscation n'ont pas épuisé toutes les voies de recours internes en vue de recouvrer les biens dont ils ont été dépossédés ou de réclamer une compensation» (CR 2004/24, p. 57). A cette allégation, le Liechtenstein oppose l'argument suivant lequel «[d]ans sa requête, [il] a présenté des demandes à l'encontre de l'Allemagne *en son nom propre principalement*, parce que la conduite de l'Allemagne a directement porté atteinte aux droits du Liechtenstein en tant qu'Etat souverain et en tant qu'Etat neutre pendant la seconde guerre mondiale» (CR 2004/25, p. 43; les italiques sont de moi), et également «au nom de ses citoyens» (*ibid.*, p. 42).

58. Le Liechtenstein plaide que la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne s'applique qu'aux affaires de protection diplomatique, et n'intervient pas lorsqu'un Etat a subi *directement* une violation, de la part d'un autre Etat, de ses droits en tant qu'Etat souverain. Cette distinction, confirmée par la Cour dans les affaires de l'*Interhandel* et de l'*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, est admise en principe par l'Allemagne; contestant qu'elle s'applique en l'espèce, celle-ci affirme qu'«on ne perçoit nulle part quelque ingérence directe que ce soit dans les droits souverains du Liechtenstein comme Etat» (CR 2004/26, p. 24). Il ne fait aucun doute que l'obligation d'épuiser les voies de recours internes ne saurait constituer un obstacle procédural au volet des prétentions du Liechtenstein dans lequel celui-ci allègue avoir subi un préjudice direct imputable à l'Allemagne du fait de sa conduite.

59. En ce qui concerne les préjudices subis par des ressortissants du Liechtenstein, l'Allemagne fait valoir que les intéressés «n'ont pas défendu leurs droits devant les tribunaux de la Tchécoslovaquie lorsque la stratégie de confiscation a été mise en œuvre» (CR 2004/24, p. 59, par. 151). L'Allemagne affirme qu'elle est en droit d'invoquer, à sa décharge, cette inaction des ressortissants du Liechtenstein concernés s'agissant de l'application de la règle d'épuisement des recours internes, «parce que les mesures tchécoslovaques ont été les actes déterminants, privant les propriétaires de la jouissance de leurs biens» (*ibid.*, p. 60, par. 152).

60. Voilà, en vérité, une bien étrange défense de la part de l'Allemagne sur la question du non-épuisement des voies de recours internes s'agissant d'une demande motivée non par la confiscation illicite d'avoirs de ressortissants liechtensteinois opérée par les autorités tchécoslovaques, mais par l'action illicite qu'auraient commise les autorités allemandes en assimilant ces avoirs de ressortissants d'un pays neutre à des «avoirs allemands à l'étranger et autres biens» aux fins des réparations de l'Allemagne. Compte tenu de la nature des griefs liechtensteinois, le principe de l'épuisement de ce type de recours devrait être examiné à la lumière de tous les recours internes disponibles en Allemagne en la matière, et non de ceux offerts en Tchécoslovaquie en ce qui a trait aux mesures de confiscation.

61. Sur ce point, le fait que la décision rendue par la Cour constitutionnelle fédérale allemande en l'affaire du *Tableau de Pieter van Laer*

matter of the *Pieter van Laer Painting* case would seem to be conclusive. Given the nature of this pronouncement by the highest court in Germany, this decision should serve as the conclusive evidence to establish the point that the possibility for the Liechtenstein citizens concerned to exhaust local remedies for pursuing their cases in relation to their property before German courts is effectively foreclosed to them. Thus this case would seem to fall within the category to which the maxim "no need to exhaust local remedies where no remedies exist to exhaust" is applicable.

62. For all these reasons, I come to my final conclusion that the Court has jurisdiction to entertain the Application filed by the Principality of Liechtenstein on 1 June 2001. That is why I respectfully voted against the conclusions of the present Judgment, as contained in paragraphs (1) (*b*) and (2) of the *dispositif*.

(Signed) Hisashi OWADA.

l'ait été en dernier ressort, dans le système judiciaire allemand, semble déterminant. Compte tenu de sa nature, cette décision de la plus haute instance allemande devrait être invoquée comme constituant l'élément décisif permettant d'établir que les ressortissants liechtensteinois sont effectivement forclos à épuiser les voies de recours internes pour se pourvoir devant des juridictions allemandes au sujet de leurs biens. Ainsi, cette affaire semblerait être de celles auxquelles s'applique la maxime «nul besoin d'épuiser les recours internes lorsqu'il n'existe aucun recours à épuiser».

62. Pour l'ensemble de ces raisons, j'en viens à ma conclusion finale, qui est que la Cour a compétence pour connaître de la requête déposée par la Principauté de Liechtenstein le 1^{er} juin 2001. C'est pourquoi, avec tout le respect dû à la Cour, j'ai voté contre les conclusions énoncées dans le présent arrêt à l'alinéa b) du paragraphe 1 et au paragraphe 2 du dispositif.

(Signé) Hisashi OWADA.