

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

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. 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] sais[i]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 »).

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-

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-*

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'élevaient 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 compromissive 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.

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.

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.

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.

«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 compromissaires 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*

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. 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 «avoirs 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 avoirs 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

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-

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,

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

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

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,

«[I]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. 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,

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

«[I]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.

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*

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.