

CR 2004/25 (traduction)

CR 2004/25 (translation)

Mercredi 16 juin 2004 à 10 heures

Wednesday 16 June 2004 at 10 a.m.

8 Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. L'audience est ouverte. La Cour entendra ce matin le premier tour de plaidoiries du Liechtenstein. Je donne tout d'abord la parole à M. Alexandre Goepfert, agent du Liechtenstein.

M. GOEPFERT :

1. Présentation de l'équipe

1. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, c'est un grand honneur pour moi de paraître devant vous aujourd'hui en qualité d'agent de la Principauté de Liechtenstein. Permettez-moi, au nom du Liechtenstein, de dire à M. Carl August Fleischhauer et à sir Franklin Berman combien nous sommes heureux qu'ils aient accepté d'être juges *ad hoc*.

2. La présente affaire est de la plus haute importance pour le Liechtenstein parce que l'Allemagne conteste sa souveraineté et sa neutralité en droit international. En outre, compte tenu des questions de droit international qui sont en jeu, l'importance de l'affaire dépasse de très loin le Liechtenstein.

3. J'ai également l'honneur de vous présenter les personnes représentant le Liechtenstein qui vous exposeront par quels arguments nous vous donnons compétence pour connaître de la requête déposée le 20 mai 2001 et soutenons que ladite requête est recevable.

4. M. Roland Marxer, directeur du ministère des affaires étrangères de la Principauté de Liechtenstein, prendra la parole en premier. Je ferai ensuite un bref exposé liminaire sur la véritable nature de l'espèce. Après mon intervention cinq avocats s'exprimeront et vous en connaissez certains fort bien déjà : M. James Crawford, M. Dieter Blumenwitz, M. Thomas Bruha, M. Gerhard Hafner et M. Alain Pellet.

5. Je bénéficie également, dans cette instance, de la collaboration de conseils — dont mes associés : M. Malcolm Forster, Mme Juliane Hilf et Mlle Lucy Reed — et du concours des conseillers et assistants des avocats et conseils.

6. S'agissant de détails d'ordre matériel, je signale que nous avons soumis, à l'intention des juges, un dossier (dit «dossier des juges» ou «dossier d'audience») contenant les copies d'éléments très importants dont il est fait état, et je signale aussi que le texte complet des éléments cités figure dans nos écritures.

9 7. J'ai le plaisir de céder la place à M. Marxer. Monsieur le président, je vous prie de bien vouloir appeler à la barre M. Marxer.

Mr. MARXER:

2. Introduction

Mr. President, Members of the Court,

1. It is a great honour for me to appear before you today on behalf of my country, the Principality of Liechtenstein, of which I am Director of the Office for Foreign Affairs.

2. Before going any further, I wish to reaffirm the great esteem in which my Government holds the Federal Republic of Germany, and to make it clear that we firmly believe that the solution which you provide to the present case will strengthen the trust between our two countries.

3. Mr. President, I am sure you are aware that this is not the first time that Liechtenstein has brought a case before the Court. It recognizes the distinguished role played by the Court in the pacific settlement of disputes between States, in particular by providing effective protection to small States like Liechtenstein against wrongful acts committed by much larger States.

4. Liechtenstein is a constitutional monarchy, which became an independent State some 200 years ago in 1806, following the collapse of the German Holy Roman Empire. With an area of 160 km², it has some 35,000 inhabitants. Bordering both Austria and Switzerland, the Principality lies just a few kilometres from the German frontier. As a member of the Council of Europe and of the European Economic Space, it maintains close political and economic relations with the other European States. Furthermore, as a Member of the United Nations and of a number of specialized agencies and of the World Trade Organization, it is an active participant in international relations at global level.

10

5. Liechtenstein succeeded in preserving its neutrality during the two world wars. This was not easy, particularly during the Second World War, where it faced powerful pressure from the German Reich. The Principality was nonetheless the only European State which refused to recognize the Munich Agreement enshrining the illegal annexation of Czechoslovakia by Nazi Germany.

6. It goes without saying that Liechtenstein attached particular importance to the principle of neutrality. But its non-recognition of the Munich Agreement was also motivated by historical and geographical considerations. A number of Liechtenstein families, led by the princely family, had extensive land holdings and substantial assets in Czechoslovakia, notably in Moravia and in Bohemia, which are today part of the Czech Republic, one of the two successor States to the former Czechoslovakia.

7. On Monday, Germany saw fit to contrast Liechtenstein's alleged inaction following Czechoslovakia's confiscations of its nationals' property with the successful negotiations conducted by Switzerland with that country¹. That comparison is totally inappropriate. In reality, Liechtenstein was far from remaining inactive. On the contrary, just as Switzerland did, it rapidly attempted to negotiate with Czechoslovakia. However, by contrast with what occurred in the case of the Swiss, the new Czechoslovak regime rejected the Principality's claim, which, unlike the previous governments, it refused to recognize. Liechtenstein was not even permitted to participate in the negotiations to which Germany referred on Monday². Since then and up to the present time, Liechtenstein has repeatedly sought, in vain, to find a solution to its dispute with Czechoslovakia and its successor States. As you know, the Prince, the owner of the vast majority of the property in question, has persevered, albeit unsuccessfully, with attempts to enforce his claims before the Czechoslovak courts. I regret to have to add that since 1998 matters have become still more complicated as a result of the Czech Republic's reliance on the decision of the German Constitutional Court in the case of the *Peter van Laer Painting*³.

¹CR 2004/24, p. 30, para. 82 (Frowein).

²*Ibid.*

³Written Statement of the Czech Republic of 26 May 1999 with respect to the declaration of the Principality of Liechtenstein of 25 May 1999, Memorial of Liechtenstein, Vol. III, Ann. 44, p. A495.

11

8. Mr. President, I only return to these past events because Germany saw fit to allude to them on Monday. I cannot however sufficiently emphasize that, notwithstanding Germany's repeated assertions to the contrary, our dispute with the former Czechoslovakia, and today with its successor States, does not constitute the dispute submitted by the Principality to the Court. That dispute concerns — and only concerns — the manner in which *Germany* has recently applied the war reparations regime to property belonging to Liechtenstein and its nationals. Those actions, *by Germany*, are contrary to the principles of international law, something which Germany persists in refusing to recognize, still less to remedy, despite Liechtenstein's repeated strenuous efforts to that end, for example at the two rounds of diplomatic consultations on the matter, the last of which took place in June 1999.

9. Those consultations merely resulted in a joint declaration recognizing the existence of a dispute which might be submitted to the Court⁴. While it is not my task to address the legal questions which Liechtenstein's counsel will be presenting to you, I nonetheless wish to emphasize that that joint declaration by Liechtenstein and Germany in itself demonstrates that this serious situation constitutes a dispute between the two States — contrary to Germany's assertions in its Preliminary Objections⁵.

10. Allow me, Mr. President, to close my presentation by stressing that Liechtenstein cannot but regard Germany's actions as a grave challenge both to its sovereignty and to the rights flowing from its neutral status, as well as a violation of the property rights of itself and of its nationals.

11. Members of the Court, I thank you for your kind attention and I would now ask you, Mr. President, to be kind enough to give the floor again to Mr. Alexander Goepfert, Agent of Liechtenstein.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, Monsieur Marxer. Je donne maintenant la parole à M. Goepfert.

⁴Observations of Liechtenstein, Ann. 48.

⁵See CR 2004/24, pp. 20-21, paras. 39-44 (Läufer).

3. Introduction — le véritable objet du différend

1. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, comme M. Marxer vous l'a indiqué, si je reviens à la barre, c'est pour recentrer cette procédure sur le véritable objet du différend qui oppose le Liechtenstein et l'Allemagne. J'y suis contraint parce que, lundi, l'Allemagne a plaidé une affaire qui n'est pas celle dont vous êtes saisis. S'il y a «construction artificielle», «absence ... de clarté» ou encore «atmosphère artificielle»⁶, je suis au regret de dire qu'il faut l'imputer à l'Allemagne.

2. Vous avez entendu l'agent et les conseils de l'Allemagne reprocher — reprocher sans arrêt — au Liechtenstein de n'avoir pas dit sur quelle base de droit international il fondait ses demandes⁷. L'Allemagne pense peut-être qu'à force de le répéter, cela deviendra vrai. Cela *n'est pas* vrai.

3. La thèse du Liechtenstein est essentiellement 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. Voilà quel est l'objet de la présente affaire.

4. Je dirai tout aussi clairement quel *n'est pas* l'objet de cette affaire. L'objet de notre affaire, ce *ne sont pas* les décrets Beneš. Ce *n'est pas* la licéité des décrets Beneš. Ce *n'est pas* le différend opposant le Liechtenstein à la Tchécoslovaquie — les Républiques tchèque et slovaque d'aujourd'hui — au sujet de biens appartenant au Liechtenstein et à ses ressortissants. Ce *n'est pas* l'indemnisation de la perte des biens confisqués par les autorités tchécoslovaques. L'objet de notre affaire ce *n'est pas* non plus uniquement un tableau.

5. Oui, il y a effectivement des différends opposant le Liechtenstein aux Républiques tchèque et slovaque, mais ces différends-là ne sont pas soumis à la Cour. Oui, il faut savoir ce que sont les expropriations tchécoslovaques et les décrets Beneš, mais seulement parce que ce sont des

⁶ Voir, par exemple, CR 2004/24, p. 13, par. 11 (Läufer); p. 44, par. 119 (Tomuschat); p. 56, par. 146 (Dupuy).

⁷ *Ibid.*, p. 12, par. 5 (Läufer).

éléments historiques à connaître. L'Allemagne prétend ne pas comprendre ce contexte, mais il n'est pas compliqué. Permettez-moi de refaire à nouveau cette trame devant vous — mais, je l'espère, sans trop empiéter sur le fond comme l'a fait l'Allemagne.

13

6. M. Marxer a fait brièvement l'historique des liens entre le Liechtenstein et la Tchécoslovaquie. En 1945, le nouveau Gouvernement tchécoslovaque décida, par le biais des décrets Beneš n^{os} 12 et 108, d'exproprier non seulement des ressortissants allemands, mais aussi des *ressortissants du Liechtenstein* — en qualifiant leurs avoirs de «biens ... possédés par des personnes appartenant au peuple allemand»⁸. Aux termes de ces décrets, les confiscations n'étaient pas opérées au titre des réparations dues par l'Allemagne, mais étaient justifiées *expressément* par des raisons politiques internes liées à la justice sociale et à la réforme agraire.

7. Aucun Etat n'imaginait que des biens liechtensteinois puissent être assimilés à des biens allemands aux fins du régime des réparations dues par l'Allemagne qui était prévu par la convention sur le règlement.

8. Or, cette situation a changé du tout au tout en 1995. Les tribunaux allemands — et, à la suite de ces décisions judiciaires, le Gouvernement fédéral de l'Allemagne également — ont traité pour la première fois les biens du Liechtenstein comme des avoirs allemands à l'étranger, soumis au régime des réparations visé par la convention sur le règlement.

9. L'obstination avec laquelle l'Allemagne refuse de reconnaître quel est l'objet des griefs du Liechtenstein ressort peut-être le mieux de ce que son agent a dit lundi⁹ et je le cite : «L'Allemagne a été obligée, afin de retrouver un statut d'Etat souverain, de promettre dans la convention sur le règlement qu'elle ne se prononcerait pas sur la licéité des confiscations effectuées antérieurement». Cette déclaration n'est exacte que si elle ne porte que sur les confiscations opérées au titre des réparations de guerre dues par l'Allemagne. Si les juridictions allemandes ont pu s'abriter derrière le paragraphe 3 de l'article 3 du chapitre 6 de la convention sur le règlement, c'est qu'elles avaient déjà abouti à la conclusion que les biens en question avaient effectivement été confisqués non seulement en tant que biens allemands, mais aussi en tant qu'«avoirs allemands à l'étranger» saisis

⁸ Décret n^o 12 du 21 juin 1945 et décret n^o 108 du 25 octobre 1945 (mémoire du Liechtenstein (ML), annexes 6 et 7).

⁹ CR 2004/24, p. 15, par. 17 (Läufer).

aux fins des réparations¹⁰. Or, comme je viens de l'expliquer, l'objet des décrets Beneš n^{os} 12 et 108 était précisé expressément, et *ce n'était pas* les réparations.

14

10. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, c'est seulement en 1995 que, pour la première fois, l'Allemagne — et non la Tchécoslovaquie ni aucun autre Etat dans le monde — a traité les mesures prises par la Tchécoslovaquie à l'encontre de biens liechtensteinois comme des mesures de *réparation* opérées sur des avoirs allemands à l'étranger. Même la Tchécoslovaquie ou les Etats qui lui ont succédé n'ont jamais rien affirmé de tel. En outre, devant la Cour européenne des droits de l'homme, dans une affaire opposant d'autres parties et d'autres prétentions que celles que vous entendez aujourd'hui, l'Allemagne a déclaré que ces mesures étaient défendables, et est même allée jusqu'à dire qu'elle considérait désormais les ressortissants du Liechtenstein comme des «personnes appartenant au peuple allemand» au *sens ethnique de l'expression*¹¹.

11. La Tchécoslovaquie — c'est-à-dire les Républiques tchèque et slovaque aujourd'hui — n'ont eu absolument rien à voir avec le fait de traiter les biens liechtensteinois comme des réparations allemandes. Ce fut là une action *unilatérale* de l'Allemagne.

12. Donc, à partir de 1995, l'Allemagne traite des biens du Liechtenstein comme des avoirs allemands à l'étranger aux fins de la convention sur le règlement. Voilà ce que nous voulons dire quand nous déclarons que l'Allemagne a «appliqué» au Liechtenstein le régime des réparations, formule que M. Tomuschat a prétendu lundi (sans guère convaincre) ne pas comprendre¹². Nous visons l'«application» à ces biens liechtensteinois du régime des réparations défini par la convention sur le règlement.

13. Un principe élémentaire en droit international est qu'un Etat n'est pas autorisé à utiliser ou traiter les biens d'un Etat neutre comme des réparations de guerre. Le Liechtenstein soutient — et prouvera au stade du fond — que l'Allemagne est internationalement responsable d'avoir

¹⁰ Convention sur le règlement, chap. 6, art. 3, par. 1 et 3.

¹¹ ML, annexe 36 (dossier d'audience, onglet n^o 4).

¹² Voir, par exemple, CR 2004/24, p. 37, par. 105; p. 43, par. 117 (Tomuschat).

rangé les biens du Liechtenstein et des ressortissants liechtensteinois dans la catégorie des avoirs allemands saisis à l'étranger aux fins des réparations telles que la prévoit la convention sur le règlement.

14. Quoi qu'elle fasse d'autre, l'Allemagne a porté à la souveraineté et à la neutralité du Liechtenstein une atteinte qui cause à ce dernier un préjudice moral. Le Liechtenstein demande un jugement déclaratoire à cet effet.

15. Le dédain manifeste avec lequel l'Allemagne a traité lundi la notion de dommages économiques n'était pas justifié. En intégrant les biens du Liechtenstein au régime des réparations, l'Allemagne s'est assuré un avantage économique considérable sur le Liechtenstein. Contrairement à ce qu'a dit lundi M. Tomuschat¹³, l'Allemagne doit encore aux Républiques tchèque et slovaque des sommes substantielles au titre des réparations de guerre, ainsi qu'à d'autres puissances alliées et associées de la seconde guerre mondiale. Si la question était réglée, on voit mal quel eut été l'objet de l'accord conclu en 2000 par l'Allemagne et les Etats-Unis concernant la fondation «Remembrance, Responsibility and the Future», accord que nous avons versé au dossier d'audiences¹⁴.

16. Il est troublant que l'Allemagne n'ait adopté cette étonnante position nouvelle à l'égard du Liechtenstein qu'*après* la révocation, en 1990, de l'article 5 du chapitre 6 de la convention sur le règlement, qui lui imposait une obligation de droit international consistant à indemniser les propriétaires d'avoirs allemands à l'étranger pour les pertes résultant de l'utilisation de ces biens aux fins des réparations.

17. Au risque d'aborder des questions de fond, je tiens à souligner que, si l'Allemagne a raison de penser qu'elle peut traiter en toute légalité des biens du Liechtenstein comme des avoirs allemands à l'étranger pour régler des dettes qui lui incombent au titre des réparations, cela voudrait dire que tous les Etats en droit de réclamer des réparations à l'Allemagne — et ces Etats sont légion — pourraient s'estimer en droit de saisir des biens liechtensteinois sur leur territoire, et

¹³ CR 2004/24, p. 43, par. 117 (Tomuschat).

¹⁴ Dossier d'audience, onglet n° 8.

il y a peut-être de ces biens dans ces Etats. En outre, on ne saurait admettre qu'un Etat puisse régler unilatéralement ses comptes avec un autre Etat en se servant des avoirs appartenant aux ressortissants d'un Etat tiers.

18. La situation a une autre conséquence : pour la première fois, le Liechtenstein se trouve face à une perspective alarmante, qui est que les détenteurs de biens liechtensteinois dans l'ancienne Tchécoslovaquie peuvent maintenant aliéner ces biens en toute légitimité en faisant endosser la responsabilité de l'aliénation à l'Allemagne. Si cette éventualité se concrétise, les ressortissants du Liechtenstein seraient empêchés de faire échec à cette aliénation illégitime devant les juridictions allemandes et devant toute instance judiciaire qui entérine les décisions de tribunaux allemands, et ils en seraient empêchés sous l'effet *exclusif* de cette position juridique injustifiable qu'ont prise les juridictions et les autres organes publics de la République fédérale d'Allemagne en 1995 et depuis lors.

19. Le droit international ne saurait accepter qu'il en soit ainsi. Le Liechtenstein en appelle à la Cour pour qu'elle le dise, au stade du fond.

20. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, je vous remercie de votre bienveillante attention. Je vous prie de bien vouloir donner la parole à M. Crawford qui va plaider les questions centrales au nom du Liechtenstein.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, Monsieur Goepfert. Je donne maintenant la parole à M. Crawford.

16

M. CRAWFORD :

4./5. Le différend porté devant la Cour et la compétence *ratione temporis* de celle-ci sur le différend

1. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, c'est un honneur pour moi que de plaider devant vous au nom de la Principauté de Liechtenstein.

2. Ma tâche revêt deux aspects. Premièrement, je dois démontrer qu'il existe un différend juridique qui a été porté devant la Cour par le Liechtenstein, et, ce faisant, je réponds à ce qui a été dit lundi par l'éminent agent de l'Allemagne. Deuxièmement, je démontrerai que ce différend juridique — *le présent* différend — relève de votre compétence *ratione temporis* en application de

l'alinéa *a*) de l'article 27 de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends. Ce faisant, je répondrai à ce qu'a dit M. Frowein. Ces deux aspects sont étroitement liés. Dès que l'on comprend l'objet du différend, on voit immédiatement que l'exception de l'Allemagne fondée sur l'absence de compétence *ratione temporis* doit être rejetée.

A. Le différend porté devant la Cour

Deux observations préalables

3. J'aborde à présent le premier aspect de ma tâche, qui consiste à analyser le différend porté devant la Cour et à démontrer qu'il s'agit d'un différend d'ordre juridique. Je me dois de faire deux observations préalables, qui sont, je le crains, plutôt élémentaires.

1) C'est au demandeur de dire quelle action il intente; or, l'Allemagne laisse de côté le dossier réellement présenté par le Liechtenstein pour en examiner un autre

4. Ma première observation est, tout simplement, qu'il appartient au demandeur de dire quelle est son argumentation et au défendeur d'y répondre. Les avocats commettent parfois l'erreur consistant à imaginer l'affaire dont ils auraient voulu voir la Cour saisie et à réfuter opiniâtrement ce dossier, en en démontrant tous les points faibles. Mais cette attitude n'est pas digne d'un avocat, elle équivaut en quelque sorte à prendre publiquement ses désirs pour des réalités. La vraie affaire subsiste, ne serait-ce que parce qu'elle n'a jamais été examinée.

5. L'Allemagne commet cette erreur de manière persistante et patente dans ses exceptions préliminaires¹⁵. Elle y attaque l'action que, selon elle, le Liechtenstein aurait dû intenter, le dossier qu'elle aurait voulu voir le Liechtenstein présenter, un dossier construit par l'Allemagne et qui ne ressemble qu'indirectement et de loin à la véritable affaire, une affaire que l'Allemagne pense pouvoir gagner. Et il est frappant que, lundi, les conseils de l'Allemagne aient à peine prononcé le mot «neutralité» ou évoqué la notion de «préjudice moral». D'après eux, il n'y a rien d'autre en jeu qu'une interprétation «limitée» — j'emprunte ce terme à M. Tomuschat¹⁶ — de la convention

17

¹⁵Voir par exemple les exceptions préliminaires de l'Allemagne, par. 59-60.

¹⁶CR 2004/24, p. 44, par. 121 (Tomuschat).

sur le règlement. Aux fins qui nous occupent, selon cette interprétation «limitée», les Liechtensteinois deviennent des Allemands et les avoirs liechtensteinois des «avoirs allemands à l'étranger». Mais, semble-t-il, nous ne sommes pas censés en prendre ombrage.

6. Il va de soi que si ce différend porté devant la Cour opposait le Liechtenstein à la Tchécoslovaquie, la tâche de l'Allemagne serait fort simple. La Tchécoslovaquie n'a pas été annexée par l'Allemagne, l'accord de Munich de 1938 était entaché de nullité et, de toute manière, la Tchécoslovaquie a cessé d'exister, cette fois-ci de son plein gré. Un différend juridique international ne peut pas vous opposer à un Etat qui n'existe pas.

7. Imaginons ensuite que le différend porté devant la Cour soit celui qui oppose le Liechtenstein à la République tchèque ou celui qui oppose le Liechtenstein à la République slovaque, différends qui existent bel et bien. Mais là, l'Allemagne n'est pas partie à ces différends. Il y a erreur sur le défendeur. Le Liechtenstein a vraiment été assez bête pour avoir introduit une instance en se trompant de défendeur.

8. En outre, dans cette même hypothèse, la compétence *ratione temporis* ferait problème; le différend avec la Tchécoslovaquie est né en 1945, au moment où les expropriations ont eu lieu, bien avant la convention européenne de 1957. Et de fil en aiguille on en arrive à l'*Or monétaire*.

9. Mais toutes les hypothèses de cette nature sont étrangères à ce qui nous occupe. Il appartient au Liechtenstein de dire quelle action il engage, et il s'agit là d'une action dirigée contre l'Allemagne. Le Liechtenstein, en qualité de demandeur, était en droit de saisir la Cour de cette affaire très particulière qui repose sur des faits réels et des actes réels de l'Allemagne datant de la dernière décennie. Cette affaire doit être jugée intrinsèquement, en bonne et due forme, par la Cour, si je puis me permettre respectueusement. Si vous, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, acceptez de connaître de notre affaire, nous vous en serons reconnaissants et nous accepterons votre décision; nous irons jusqu'à accepter ce déluge d'épithètes de la part des conseils de la partie adverse : «strange», dit M. Frowein¹⁷, «étrange», dit M. Dupuy¹⁸ et «limité»,

¹⁷CR 2004/24, p. 22, par. 46 (Frowein); et CR 2004/24, p. 12, par. 8 (Läufer).

¹⁸CR 2004/24, p. 46, par. 125 (Dupuy).

dit M. Tomuschat, cette épithète qui nous anéantit¹⁹. L'Allemagne ne nous demande rien d'autre que d'accepter son interprétation «limitée», qui consiste à faire de nous des Allemands — et elle ne peut pas comprendre la nature de notre affaire !

2) L'Allemagne demande à la Cour un non-lieu sur le fond dès le stade des exceptions préliminaires, contrairement à la pratique de la Cour et à son Règlement

10. J'en arrive à ma seconde observation préalable, qui concerne la relation qu'il convient d'instaurer entre les exceptions d'incompétence et l'examen au fond. Car les exceptions préliminaires de l'Allemagne souffrent en permanence d'une seconde faille : elles visent à inciter la Cour à se prononcer au fond en faveur de l'Allemagne dès le stade préliminaire où nous sommes — autrement dit, elles visent à un rejet prématuré de l'affaire. Et ce que nous avons entendu lundi fut de la même veine. L'agent de l'Allemagne nous a demandé de préciser «sur quelle base de droit international le Liechtenstein entend fonder ses demandes» — c'est-à-dire de justifier sa thèse sur le fond²⁰. En français, il a regretté «l'absence d'une quelconque base juridique concevable», et il a de nouveau examiné longuement la question quant au fond²¹. Puis les conseils de l'Allemagne ont à maintes reprises formulé des assertions en forme de conclusions sur la position de l'Allemagne quant au fond et sur les insuffisances de celle du Liechtenstein, considérations auxquelles la Cour est *dès à présent* censée donner suite. Par exemple — je paraphrase les références précises qui se trouvent dans le compte rendu : il n'y a pas eu de changement de position²²; l'Allemagne a toujours fait preuve de cohérence²³; la convention sur le règlement est claire²⁴; ce que disent les tribunaux dans leurs décisions est dénué de pertinence en droit international²⁵; depuis des décennies, l'Allemagne ne doit de réparations de guerre à aucun pays²⁶; l'Allemagne «ignorait tout» et «n'avait pas la moindre information» concernant les biens

¹⁹CR 2004/24, p. 44, par. 121 (Tomuschat).

²⁰CR 2004/24, p. 12, par. 5 (Läufer).

²¹CR 2004/24, p. 19, par. 38 (Läufer).

²²CR 2004/24, p. 23-25, par. 54-58, p. 26, par. 63 (Frowein).

²³CR 2004/24, p. 12-13, par. 8 (Läufer).

²⁴CR 2004/24, p. 44-45, par. 121 (Tomuschat).

²⁵CR 2004/24, p. 33, par. 95; p. 31, par. 87 (Frowein).

²⁶CR 2004/24, p. 43, par. 117 (Tomuschat).

19

liechtensteinois²⁷; il n'y a rien qui justifie que les autorités nationales allemandes, y compris les tribunaux, se préoccupent de savoir qui est propriétaire de biens expropriés²⁸, etc. Il ne fait aucun doute que chacune de ces assertions peut prêter à débat; en fait, nous les contestons toutes. Mais ce que je tiens à dire ici, c'est que ces assertions portent toutes sur le fond.

11. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, en adoptant cette ligne de conduite, l'Allemagne se méprend sur la procédure bien établie de la Cour. Lorsqu'il est soulevé une exception préliminaire, la procédure sur le fond est automatiquement suspendue : c'est le paragraphe 3 de l'article 79 du Règlement. Ensuite, la Cour *ne peut pas* ne peut pas examiner l'affaire au fond, à moins qu'elle rejette les exceptions préliminaires dans leur intégralité ou que exceptionnellement, elle les joigne au fond en faisant application du paragraphe 7 de l'article 79.

12. Trois au moins des exceptions préliminaires de l'Allemagne traduisent de manière particulièrement manifeste la volonté d'inciter la Cour à se prononcer sur le fond. Il s'agit de la première — selon laquelle il n'y a pas de différend; de la deuxième — c'est l'argument de la compétence nationale; et de la quatrième — selon laquelle la demande n'est pas justifiée. Je vais laisser à mes collègues le soin de traiter des deuxième et quatrième exceptions, mais il me faut dire quelques mots de la première.

Ce que dit essentiellement la première exception préliminaire

13. Ce faisant, je tiens à formuler trois observations principales. La première observation a un caractère historique : en fait, le présent différend est né après 1995. La deuxième observation a un caractère diplomatique, mais elle a des conséquences juridiques indéniables. Il ressort des discussions et de l'échange de correspondance qui ont ensuite eu lieu que l'Allemagne a admis l'existence d'un différend. La troisième observation est d'ordre franchement juridique : le désaccord qui s'est alors manifesté constitue un différend au sens du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour. Ce n'est pas un différend qui porte sur le contenu du droit allemand. Il ne faut pas y voir l'intention de faire appel d'une décision ou de décisions d'un tribunal allemand, ni d'ailleurs d'une décision rendue par la Cour européenne des droits de l'homme au titre d'une

²⁷CR 2004/24, p. 25, par. 59; p 27, par. 69 (Frowein).

²⁸CR 2004/24, p. 25-26, par. 62; p. 33, par. 94-95 (Frowein).

convention que le Liechtenstein n'invoque pas et qu'il ne peut invoquer ici devant la Cour internationale de Justice. Il s'agit en réalité d'un désaccord découlant d'un conflit entre les positions de deux Etats sur le traitement par l'un d'eux du statut, des droits et des demandes de l'autre Etat.

1) Le différend est né après 1995

20 14. Tout d'abord, sur le plan historique, le différend est né après 1995. Il découle de la découverte en Allemagne d'un tableau qui avait été prêté à une galerie municipale allemande aux fins d'une exposition — prêté en 1991. Le prince régnant de Liechtenstein fit valoir ses droits sur le tableau en portant l'affaire devant les tribunaux allemands qui, en définitive, décidèrent qu'il était impossible de revendiquer le tableau. Au cours des procédures engagées devant les tribunaux allemands, le Liechtenstein souleva la question, de manière progressive, à l'échelle internationale. Dans un aide-mémoire daté du 4 octobre 1995, le Liechtenstein se disait préoccupé par la position apparemment adoptée par la municipalité de Cologne — organisme public — selon laquelle les avoirs liechtensteinois devaient être considérés comme des avoirs allemands, et il demandait à l'Allemagne de veiller à ce que son administration s'abstienne d'appuyer ou d'adopter ouvertement une telle position²⁹. Toutefois, dans leur décision du 10 octobre 1995 et du 9 juillet 1996, les juridictions civiles allemandes rejetèrent la demande en se fondant sur le paragraphe 3 de l'article 3 du chapitre sixième de la convention sur le règlement, c'est-à-dire au motif explicite que le bien en question constituait l'un des «avoirs allemands à l'étranger» dont la saisie ne pouvait pas être examinée par des tribunaux allemands. Dans le détail, ces décisions sont exposées dans les pièces de procédure et je ne vais pas les répéter³⁰. Le point culminant des procédures engagées en Allemagne fut une décision rendue en janvier 1998 par la Cour constitutionnelle fédérale qui a confirmé les décisions fondées sur la convention sur le règlement³¹. Après mûre réflexion, le

²⁹ML, annexes vol. III, p. A413.

³⁰Voir ML, par. 3.17-3.25.

³¹ML, par. 3.26-3.30 et annexe 32.

Liechtenstein souleva officiellement la question de conformité au droit international, dans un aide-mémoire daté du 3 juin 1998³². Selon cet aide-mémoire, la décision de la Cour constitutionnelle fédérale

«constitue une violation du statut juridique garanti par le droit international tant au chef d'Etat du Liechtenstein qu'à l'Etat du Liechtenstein lui-même ... [M]ême s'il reconnaît l'indépendance des tribunaux, [le Gouvernement de la Principauté de Liechtenstein] ne saurait accepter d'être ainsi lésé dans ses droits».

De ce fait, le Liechtenstein a tenté d'organiser dans les meilleurs délais des consultations diplomatiques, et deux séries d'entretiens ont eu lieu, le 10 juillet 1998 et le 14 juillet 1999. La correspondance diplomatique est reproduite dans les pièces de procédure.

21 15. Il ressort ainsi clairement du dossier que ce différend particulier s'est élevé entre le Liechtenstein et l'Allemagne dans les années quatre-vingt-dix. Il portait sur l'acceptation de plus en plus évidente par l'Allemagne de l'idée que les biens de citoyens liechtensteinois pouvaient légitimement être traités comme des «avoirs allemands à l'étranger» aux fins de la convention sur le règlement, ce avec des conséquences fâcheuses à la fois pour les individus concernés et pour le Liechtenstein lui-même en tant qu'Etat neutre. De surcroît, cette position allemande, adoptée initialement dans le cadre d'une procédure concernant un unique tableau, est devenue une position de principe, applicable au Liechtenstein en tant que tel et à tous les biens liechtensteinois. Elle a été défendue et adoptée par des responsables allemands qui ont déclaré n'avoir pas d'autre solution que de respecter fidèlement les décisions de leurs propres juridictions. En l'occurrence, il n'a pas été émis d'hypothèse; il n'y a pas été tenté de justifier la décision rendue en l'affaire *Pieter van Laer* par des faits qui lui auraient été particuliers; on n'a pas cherché, comme cela semble avoir été le cas dans l'affaire *Nottebohm*, à faire croire que l'individu concerné avait des liens avec l'Allemagne, était un étranger ennemi qui avait pris un déguisement. A la différence de *Nottebohm*, les individus concernés ici n'ont *jamais* été des ressortissants allemands. Le Gouvernement allemand a érigé la décision prise par les tribunaux allemands dans le cadre d'une affaire particulière en une position qu'il a adoptée, catégoriquement.

³²ML, annexe 41, vol. III, p. A481.

16. Antérieurement à 1995, l'histoire garde aucune trace d'aucun différend entre le Liechtenstein et l'Allemagne sur cette question. Après 1995, et en particulier après 1998, la situation est totalement différente. Du pur point de vue historique, c'est à ce moment-là que le différend est né.

2) L'Allemagne a admis l'existence d'un différend

17. J'aborde à présent ma deuxième observation principale, à savoir que l'Allemagne a admis lors des discussions ultérieures qu'il y avait un différend.

18. Ainsi, lors des consultations, le chef de la délégation allemande a reconnu expressément que :

«des opinions juridiques contraires se sont formées et cette divergence de vues allait subsister ... Un règlement ne pourrait être trouvé qu'à un échelon supérieur. Il restait la possibilité d'un échange d'aide-mémoires en préalable à un éventuel troisième tour, ou celle d'un règlement judiciaire sans autre mesure.»³³

L'Allemagne a donc reconnu qu'il y avait une divergence d'opinions juridiques sur une question concrète et que cette divergence «allait subsister». De plus, pour remédier à la situation, il était possible d'avoir recours à «un règlement judiciaire sans autre mesure [de caractère diplomatique]». Et on dit maintenant qu'il n'y a pas de différend.

19. On peut établir la comparaison avec ce qu'admet le ministre allemand des affaires étrangères dans la lettre qu'il adresse le 20 janvier 2000 à son homologue liechtensteinois. Dans cette lettre il est admis que «le Gouvernement allemand ne partage pas l'opinion juridique» du Gouvernement du Liechtenstein³⁴. Il y est dit aussi : «Si vous estimez que ces demandes doivent être examinées plus minutieusement, je suggérerais que nous en discutions par l'entremise de hauts fonctionnaires experts de ces questions à la suite des consultations du 10 juillet 1998 et du 14 juin 1999.» M. Fischer, ministre allemand des affaires étrangères, a donc reconnu l'existence des demandes du Liechtenstein et d'une divergence d'opinions juridiques au sujet de ces demandes. Ce faisant, à l'évidence, M. Fischer regardait la réalité en face, ce qui rend d'autant plus étrange le fait que l'Allemagne prétend à présent qu'il n'existe pas de différend entre les deux Etats.

³³Observations écrites du Liechtenstein, annexe 48.

³⁴ML, annexe 45, vol. III, p. A503.

3) Les éléments du dossier montrent qu'un différend existe entre le Liechtenstein et l'Allemagne

20. J'en viens à ma troisième observation; vu ce que je viens de dire, je peux la présenter rapidement : les éléments du dossier montrent qu'un différend existe entre le Liechtenstein et l'Allemagne. Ici, j'ai à peine besoin de rappeler à la Cour sa jurisprudence constante. En vertu de l'article 38 de votre Statut, votre «mission est de régler conformément au droit international les différends» qui vous sont soumis. Et vous avez toujours défini le mot «différend» de manière extensive : il s'agit d'un «désaccord sur un point de droit ou de fait, un conflit, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre les parties»³⁵. Il s'agit en l'espèce d'un désaccord sur un point de droit. Il y a une opposition de thèses juridiques, et c'est même une opposition manifeste. Peut-être l'Allemagne a-t-elle effectivement intérêt à régler le différend qui l'oppose aux Républiques tchèque et slovaque au sujet de la façon dont ont été traités après la guerre les Allemands expulsés de Tchécoslovaquie. L'Allemagne nie avoir changé de position, mais chacun sait, il est de notoriété publique, que ces différends n'ont pas été officiellement réglés et que ce n'est que récemment que des démarches officieuses à cette fin ont été entreprises. Eh bien, tout cela ne concerne que l'Allemagne. En revanche, ce qui est clair pour le Liechtenstein— et ce qui a été bien précisé dans le cadre d'une série de démarches diplomatiques, par exemple dans la note verbale du 10 juin 1997³⁶ —, c'est que toute initiative de l'Allemagne en ce sens ne saurait être prise au détriment du Liechtenstein et que l'Allemagne ne saurait assimiler les droits et les intérêts du Liechtenstein et de ses ressortissants à des droits et des intérêts allemands.

23

21. L'opposition de thèses juridiques exposée devant la Cour ne porte pas non plus sur une controverse purement historique ou abstraite. Le différend en l'espèce concerne des droits et des intérêts qui existent encore. L'Allemagne n'invoque pas le défaut d'objet (par analogie avec les affaires des *Essais nucléaires*); elle ne soutient pas non plus que le différend a été définitivement réglé par un organe compétent (par analogie avec l'affaire du *Cameroun septentrional*). Pour le Liechtenstein, le différend n'a pas été résolu. Le Liechtenstein est le titulaire de ses propres droits et le gardien de ses propres intérêts, et il peut s'opposer à les voir compromis parce qu'on les

³⁵ Voir l'affaire relative au *Timor oriental*, C.I.J. Recueil 1995, p. 90, par. 22, avec des références aux décisions antérieures.

³⁶ ML, annexe 39, vol. III, p. A477.

traiterait comme des droits et des intérêts allemands par une étrange altération du principe issu de la jurisprudence *Mavrommatis*. De même, le Liechtenstein peut s'opposer à tout «règlement» en ce qui concerne ces droits et ces intérêts qui serait opéré par une étrange altération de la convention sur le règlement. Or, comme le Liechtenstein le dit, c'est ce que l'Allemagne a fait — et, si elle le nie, il ne s'agira que d'un élément de désaccord de plus sur un point de droit ou de fait, une nouvelle opposition de thèses juridiques ou d'intérêts, à ajouter à ceux, déjà nombreux, qui ressortent de la correspondance diplomatique.

Conclusion

22. Monsieur le président, Madame et Messieurs les juges, en résumé, après 1995, l'Allemagne a adopté pour position qu'elle pouvait, vis-à-vis du Liechtenstein, traiter les biens de ce pays comme des «avoirs allemands à l'étranger» régis par la convention sur le règlement, tout en refusant de reconnaître qu'elle était tenue d'indemniser ce pays au cas où elle agirait ainsi. Le Liechtenstein a contesté cette position dès son adoption, et constamment depuis lors. Il a contesté le bien-fondé de l'application au Liechtenstein de la convention sur le règlement. Du fait de cette application, que des individus aient ou non subi un dommage réel, un préjudice a été causé au Liechtenstein en sa qualité d'Etat souverain et neutre. Mais il faut ajouter à cela le préjudice et la menace de préjudice dont ont été victimes des ressortissants liechtensteinois. Et il y a bien là un différend juridique, aucun doute là-dessus. Et il s'agit en outre d'un différend qui oppose ces deux Etats. Pour ces motifs, la première exception préliminaire doit être rejetée.

B. L'argumentation de l'Allemagne sur la compétence *ratione temporis* : l'alinéa a) de l'article 27 de la convention européenne

23. Monsieur le président, Madame et Messieurs les juges, j'en viens à présent à la troisième exception préliminaire de l'Allemagne, qui est que le présent différend échappe à la compétence *ratione temporis* de la Cour. Cette exception est fondée sur l'article 27 de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends, qui prévoit que «[l]es dispositions de la présente convention ne s'appliquent pas : a) aux différends concernant des faits ou situations

antérieures à l'entrée en vigueur de la présente Convention entre les parties au différend...». Entre l'Allemagne et Liechtenstein, la convention est entrée en vigueur le 18 février 1980, qui est donc, aux fins qui nous occupent, la date critique.

24

24. Or les parties admettent l'une et l'autre que, le 18 février 1980, aucun véritable différend concernant l'application aux biens du Liechtenstein de la convention sur le règlement ne s'était encore élevé entre elles et ce, tant pour le tableau de van Laer que pour les biens du Liechtenstein en général. Les juridictions allemandes n'avaient jamais été saisies du problème, et la question de savoir comment ces juridictions appliqueraient la convention sur le règlement aux biens du Liechtenstein n'avait jamais été résolue; en fait, elle n'avait jamais été officiellement soulevée. Je le dis en toute objectivité. Le Liechtenstein affirme qu'en réalité, il était entendu entre les deux Etats que la convention sur le règlement ne s'appliquait pas, ou à tout le moins que le Liechtenstein pouvait croire qu'il s'agissait là de la position adoptée par l'Allemagne. Si la question s'était posée — si l'Allemagne avait appliqué la convention sur le règlement aux biens du Liechtenstein, dans un cas particulier ou en général —, la question de l'indemnisation au titre de la convention se serait elle aussi posée. Mais cela n'est pas arrivé, pour la bonne raison qu'auparavant, il faut s'en remettre à l'histoire, l'Allemagne n'avait jamais prétendu devant une instance officielle qu'elle considérait les avoirs du Liechtenstein comme des «avoirs allemands à l'étranger», même si des juristes allemands l'avaient envisagé sur le plan interne.

25. Aujourd'hui, l'Allemagne ne conteste pas que, si un différend est né, il est né pendant les années quatre-vingt-dix. Mais elle soutient énergiquement, par l'intermédiaire du professeur Frowein — dont je salue enfin la présence en ce prétoire —, que cela est sans pertinence³⁷. Ce différend qui n'existe pas est peut-être né en 1995, mais il concerne des faits et situations remontant à 1945. A l'évidence, le Liechtenstein dormait pendant ces cinquante dernières années, et profondément, comme la belle au bois dormant. Nous avons eu les contes de Grimm, mais c'est l'histoire de la belle au bois dormant que je vais vous raconter. Pendant cinquante ans, le Liechtenstein a donc été plongé en pleine léthargie. Les faits ou la situation concernant

³⁷ CR 2004/24, p. 22-23, par. 48 (Frowein).

l'Allemagne lui échappaient, jusqu'à ce que, dans une nouvelle version de notre conte de fées, ce soit le prince qui soit ramené à la vie, et non par un baiser, mais par une décision du tribunal civil de Cologne ! Plus par amour-propre que par amour, d'ailleurs.

Les critères retenus par la Cour en matière d'exceptions *ratione temporis*

25 26. Monsieur le président, Madame et Messieurs les juges, avant que je n'aborde les arguments de l'Allemagne sur ce point, il me faut indiquer brièvement quels sont les critères juridiques applicables en matière de compétence *ratione temporis*. Votre jurisprudence sur cette question est en effet bien établie, et M. Frowein ne conteste pas que cette jurisprudence s'applique également à l'alinéa *a*) de l'article 27 de la convention européenne. Permettez-moi de dire en résumé quel est l'état du droit.

27. La question fut soulevée la première fois devant votre devancière, la Cour permanente, en l'affaire des *Phosphates du Maroc*³⁸. Il s'agissait de savoir si un différend né du fait d'un décret marocain de 1920 et d'une décision du Service des Mines marocain de 1925 avait surgi avant la date critique, qui était l'année 1931. Roberto Ago, qui était professeur à l'époque, fit valoir que le fait illicite n'avait été commis qu'au moment où les voies de recours internes avaient été épuisées. La Cour permanente écarta cet argument (comme le fit par la suite la Commission du droit international, pourrais-je ajouter³⁹). Selon la Cour permanente,

«Si, en ... établissant [le monopole], le Maroc et la France ont violé le régime conventionnel de l'acte général d'Algésiras [de] 1906 et la convention franco-allemande [de] 1911, cette violation procède des dahirs de 1920. C'est dans ces dahirs qu'il faut voir les faits essentiels constitutifs du prétendu accaparement et, par conséquent, les véritables faits générateurs du différend relatif à cet accaparement.»⁴⁰

28. L'Italie fit valoir que, indépendamment de la licéité des décrets eux-mêmes, la décision du service des mines avait fait naître un fait illicite continu et fut la cause d'un déni de justice commis en 1931. Mais la Cour écarta là encore cet argument :

³⁸ 1938, C.P.J.I. série A/B n° 74.

³⁹ Voir l'alinéa *b*) de l'article 44 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, joints à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale adoptée le 12 décembre 2001; voir également le projet d'articles sur la responsabilité des Etats tel qu'adopté en première lecture (1996), à l'article 22.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 25-26.

«Dans sa requête, le Gouvernement italien a présenté la décision du service des mines comme un fait illicite international ... S'il en était ainsi, c'est dans cette décision qu'il faudrait voir la violation déjà parfaite du droit international, violation qui engagerait par elle-même et immédiatement la responsabilité internationale... En pareil cas, le prétendu déni de justice constitué, soit par une carence de l'organisation judiciaire, soit par le refus de recours administratifs ou extraordinaires destinés à les suppléer, ne peut que laisser subsister le fait illicite.»⁴¹

26 29. En d'autres termes, dans une affaire de responsabilité internationale, on doit limiter la compétence *ratione temporis* non pas au regard de la source de l'obligation qui aurait été violée, ni de la situation factuelle du contexte, mais en cherchant à savoir quel est le «fait générateur du différend», la «violation déjà parfaite du droit international, violation qui engagerait par elle-même et immédiatement la responsabilité internationale» dans le cadre de l'affaire présentée dans la requête. La version française du texte de l'arrêt, qui fait foi, est encore plus claire : il y est fait état de situations ou de faits «qui doivent être considérés comme générateurs du différend»⁴². Si cette «violation parfaite», ce «fait générateur», pour reprendre la notion introduite par Roberto Ago et que la Commission a faite sienne, est antérieure à la date critique, il n'y a pas compétence; s'il lui est postérieur, il y a compétence. La Cour permanente exprima la même idée lorsque, en l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, elle précisa que «[I]es situations ou les faits qui doivent être pris en considération au point de vue de la juridiction obligatoire ... sont *uniquement* ceux qui doivent être considérés comme générateurs du différend»⁴³. Et la Cour fit ensuite la distinction entre le fait générateur des droits dont se prévalait le demandeur et le fait générateur du différend; ce qui importe, c'est le moment où les droits ont été violés. Et il faut qu'il en soit ainsi, sinon la convention de 1957 et les autres instruments de même nature feront progressivement perdre leurs effets aux droits et aux traités anciens, même lorsque la violation de ces derniers aura été récente.

30. La Cour actuelle est tout aussi claire sur ce point et ce, depuis l'affaire du *Droit de passage*. Les droits en question en l'espèce étaient manifestement anciens. Ils remontaient à la période mahratte en Inde, avant la décolonisation. L'Inde refusait de reconnaître que ces droits aient *jamais* existé; elle affirmait en outre qu'elle était parfaitement fondée à contester ces droits

⁴¹ *Ibid.*, p. 28.

⁴² *Ibid.*, p. 23.

⁴³ 1939, C.P.J.I. série A/B n° 77, p. 82; les italiques sont de nous.

en 1954, si tant est qu'ils aient existé. Mais la Cour estima que le différend dans son ensemble, y compris celui qui portait sur l'*existence* même de droits remontant au XVIII^e siècle, ne se rapportait qu'à une situation apparue en 1954. Voici ce que vous avez dit :

«Il résulte, en effet, de ce qui a été exposé à la Cour qu'avant 1954 le passage avait été pratiqué d'une manière admise comme acceptable de part et d'autre. Quelques incidents s'étaient produits mais sans amener les Parties à prendre des *positions de droit nettement définies* et s'opposant l'une à l'autre ...»⁴⁴

Donc, même s'il y a quelques divergences entre les parties, voire des «incidents mineurs», c'est seulement au moment où les parties prennent des «positions de droit nettement définies» que naît le différend et ce, à l'*égard du* fait générateur, et non de tous les éléments juridiques et factuels dans le contexte desquels il faut apprécier le fait générateur.

27

31. Parfait juriste anglo-saxon, M. Frowein tente une autre analyse de l'affaire du *Droit de passage*. A cet effet, M. Frowein fait valoir qu'il existait en 1954 une position commune quant au droit de passage que seule l'Inde contestait à cette époque⁴⁵. Or ce n'est pas vrai et ce n'est pas ce que vous avez dit. Ce que vous avez dit, c'est que même s'il existait déjà auparavant des signes de désaccord, qui étaient apparus avant la date critique, la situation avait été gérable jusqu'à cette date. Vous avez dit que la situation ou le fait déterminant à l'égard duquel s'applique l'exception ou la réserve *ratione temporis* n'apparaît que lorsque le différend naît d'une violation du droit — le droit de passage dans cette affaire-là —, violation qui conduit les parties à «prendre des positions de droit nettement définies et s'opposant l'une à l'autre». C'était cela, l'élément central du différend, le fait générateur. C'était par rapport à ce fait ou à cette situation que s'était élevé le différend.

32. Ce que vous avez dit lors de la phase des affaires de l'*OTAN* consacrée aux mesures conservatoires donne lieu à la même démonstration. Dans ces affaires-là, la situation est proche de celle de l'affaire des *Phosphates du Maroc*, mais très éloignée de celle de la présente espèce. La campagne de bombardements au Kosovo avait commencé avant la date critique et un différend avait ainsi déjà surgi. Logiquement, ce différend concernait des situations ou des faits antérieurs à la date critique. Vous avez souligné dans votre ordonnance relative aux mesures conservatoires qu'il n'existait pas de «différends nouveaux, distincts du différend initial», qui se rapportaient à des

⁴⁴ *C.I.J. Recueil 1960*, p. 34; les italiques sont de nous.

⁴⁵ CR 2004/24, p. 27, par. 68 (Frowein).

situations ou à des faits postérieurs à la date critique⁴⁶. Mais le fait ou la situation qui comptait en l'espèce était la crise immédiate au Kosovo qui avait conduit à la campagne de bombardements, et non pas la bataille de Kosovo Polje en 1389 !

Les arguments juridiques de l'Allemagne à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour

28 33. Sur cette toile de fond que je viens d'évoquer, je passe à l'examen des faits de la présente affaire. La position est claire. Le différend a été engendré — a été engendré — par des décisions de juridictions allemandes, et ensuite par les positions adoptées par le Gouvernement allemand postérieurement à 1995. Voilà quel fut l'élément moteur. Certes, la genèse du contexte général et des droits et obligations des Parties était plus ancienne. Mais ce sont des considérations sans pertinence, tout comme dans l'affaire du *Droit de passage*. Comme vous l'avez indiqué dans le *Droit de passage*, «[l]es faits ou situations qu'il faut ici retenir sont ceux que le différend concerne ...»⁴⁷. Ce différend a surgi dans les années quatre-vingt-dix en raison de l'attitude des organes de l'Etat allemand. Ce n'est qu'à ce moment-là que l'Allemagne a effectivement décidé de traiter les biens liechtensteinois comme relevant de la convention sur le règlement — comme des «avoirs allemands à l'étranger», pour citer les termes de cette convention. A cet égard, j'attire votre attention sur l'étude de la jurisprudence et de la doctrine allemandes qui constitue l'appendice 1 des observations écrites du Liechtenstein. Cette étude illustre très clairement les faits et, d'ailleurs, l'Allemagne ne semble pas contester ce point. Pour reprendre là aussi vos propres termes, «[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].»⁴⁸

34. L'Allemagne oppose à présent trois arguments à cette conclusion :

1) La Cour devra examiner les transactions et les événements antérieurs à 1980

35. *Premièrement*, l'Allemagne affirme que, pour régler le présent différend, la Cour devra étudier et analyser les transactions et les événements antérieurs à 1980, et aussi se pencher sur la

⁴⁶ C.I.J. Recueil 1999, p. 134-135.

⁴⁷ C.I.J. Recueil 1960, p. 35.

⁴⁸ *Ibid.*; les italiques sont de nous.

signification de traités conclus avant cette date, notamment — cela va de soi — la convention sur le règlement. Comme l'Allemagne l'a indiqué dans ses écritures, «[l]'affaire portée devant la Cour ne saurait être tranchée sans qu'il soit statué sur le régime des réparations établi en 1945 et après cette date»⁴⁹. Or, le présent différend n'est pas né à cause du régime des réparations, pas plus que le différend relatif aux *Phosphates du Maroc* n'a surgi en raison du traité d'Algésiras. Ou bien, comme l'a indiqué l'Allemagne lundi, cette affaire ne pourrait pas être réglée sans qu'il soit statué sur les décrets Beneš⁵⁰. Pourtant, le présent différend n'a pas été déclenché par les décrets Beneš et, comme le montrera bientôt M. Pellet, il ne vous est pas demandé de vous prononcer sur ces derniers. C'est la décision de l'Allemagne d'appliquer la convention sur le règlement aux biens liechtensteinois qui l'a fait naître, et c'est ce qui constitue le fait essentiel. Certes, pour examiner le différend, la Cour devra s'informer du régime des réparations. Dans l'affaire du *Droit de passage*, dont la date critique se situait dans les années cinquante, la Cour s'est incontestablement penchée sur le régime du passage entre Goa et les enclaves portugaises et a, ce faisant, pris en considération des traités et une pratique remontant au XVIII^e siècle. Toutefois, la Cour a agi de la sorte au sujet d'un différend qui, pour elle, n'était né qu'en 1954, année où la position juridique des Parties s'était cristallisée lorsque l'Inde avait catégoriquement opposé un refus à l'exercice du droit invoqué par le Portugal. Ainsi que la Cour l'a fait observer, le différend entre l'Inde et le Portugal n'est pas né du droit de passage; il est né du fait qu'un refus avait été opposé à l'exercice de ce droit. Et c'est aussi le cas en l'espèce.

29

2) La distinction entre la source de l'obligation et sa violation est sans intérêt et est inapplicable en l'espèce

36. *Deuxièmement*, l'Allemagne soutient que «[d]ans l'affaire qui nous occupe, il est tout à fait impossible d'établir une distinction significative entre la source des droits invoqués par le Liechtenstein et celle du différend allégué»⁵¹. Par contre, dans l'affaire du *Droit de passage*, alors que, là aussi, la source des droits n'était pas absolument sûre, la Cour n'a pas eu de mal à établir cette distinction — et ce même lorsqu'il s'agissait de l'aspect du différend concernant le refus

⁴⁹ EPA, par. 96.

⁵⁰ CR 2004/24, p. 48, par. 130 (Dupuy).

⁵¹ EPA, par. 77.

catégorique de l'Inde de reconnaître l'existence de droits quelconques. De même, en principe, il existe une claire distinction en l'espèce entre la situation juridique dans laquelle se trouvaient les Parties, apparue partiellement avant la date critique, et l'événement qui est à l'origine du différend, celui qui lui a véritablement donné naissance, lequel est survenu bien après cette date.

37. Selon M. Frowein, l'interprétation du Liechtenstein a pour effet de réduire à néant l'exception temporelle, ce contre quoi il s'insurge avec véhémence⁵². Les choses ne se présentent pas ainsi. La Cour a donné une interprétation satisfaisante des limitations temporelles, sans remonter trop loin dans l'historique des différends — et c'est l'histoire qui, admettons-le, est à l'origine de si nombreux conflits internationaux en Europe et ailleurs — et sans s'intéresser exclusivement non plus à l'expression diplomatique la plus récente d'un fait ou d'une situation bien établie qui se trouve au cœur du différend. La Cour examine l'enjeu du différend dans son ensemble et non ses différentes composantes prises isolément. Loin de réduire à néant l'exception temporelle, cela lui donne plein effet, ce qui est l'objet de toute interprétation conventionnelle.

3) L'argument du changement de position

38. *Troisièmement*, l'Allemagne nie avec véhémence qu'elle ait le moins du monde changé de position après 1980. Elle soutient, dans cette logique, que tout différend né après 1980 n'était que l'expression de quelque chose qui devait exister auparavant. Vous aurez remarqué que ce raisonnement a mis M. Frowein dans une position quelque peu délicate. Il a nié avec véhémence qu'il existât une position commune avant 1980⁵³. Il a déclaré que vous ne pouviez pas connaître de ce différend qui est inexistant puisque la position commune qui est inexistante porte nécessairement sur des faits ou situations antérieurs à 1980⁵⁴. Et dire que l'Allemagne nous accuse de tenir des raisonnements hypothétiques !

30

39. Je constaterai tout d'abord que l'argument du changement de position n'est que l'une des composantes de la demande du Liechtenstein et n'en constitue pas la base exclusive, contrairement à ce que semble croire M. Frowein. Le Liechtenstein affirme que si, dans le cas de figure précis devant lequel nous nous trouvons, l'Allemagne traite les avoirs du Liechtenstein comme des

⁵² CR 2004/24, p. 31, par. 86 (Frowein).

⁵³ CR 2004/24, p. 26, par. 63 (Frowein).

⁵⁴ *Ibid.*, p. 26, par. 63 (Frowein).

«avoirs allemands à l'étranger» aux fins de la convention du règlement, cela constitue une violation du droit international. Nous ne faisons pas valoir des demandes de nature encyclopédique qui portent d'un point de vue générique sur la manière dont les juridictions nationales traitent les avoirs volés; nous n'engageons pas de débat général sur la doctrine des conflits de lois, malgré tout l'intérêt que cela présente. Nous disons que, dans le contexte précis où les deux Etats ont été placés après 1990, la façon d'agir de l'Allemagne constitue une violation de nos droits. Le débat sur le changement de position est un aspect de ce contexte précis, et il s'agit évidemment d'un débat qui relève du fond.

40. Mais examinons trois éventualités. Supposons tout d'abord que l'Allemagne et le Liechtenstein aient effectivement convenu par voie de traité, avant la date critique, que les avoirs du Liechtenstein ne devaient pas être considérés comme des avoirs allemands à l'étranger aux fins de la convention sur le règlement. Ensuite, en 1998, après la date critique, la Cour constitutionnelle fédérale refuse de donner effet à cet accord. En pareil cas, la limitation *ratione temporis* ne s'appliquerait pas. La source des droits du Liechtenstein remonterait à l'accord, mais la source du différend serait récente. Et, pour autant que je sache, M. Frowein accepte expressément ce cas de figure⁵⁵.

31 41. Prenons la situation inverse. Supposons que la question n'ait jamais été examinée avant 1980, de sorte qu'il n'y a pas eu de position commune. Comme l'a affirmé M. Frowein avec véhémence, c'est là la vérité⁵⁶, bien que ce ne soit pas une vérité qu'il veuille vous voir prendre en compte aux fins de la troisième exception préliminaire. Sur cette base, à supposer que la question n'ait jamais été traitée avant la date critique, il faudra chercher ailleurs la source des droits du Liechtenstein, à savoir dans le droit international général. Mais, dans notre affaire, à fortiori, c'est le déni de ces droits qui se trouve au centre du différend. Et ce déni date des années quatre-vingt-dix.

42. Et nous avons encore une troisième éventualité : il n'y aurait eu aucun accord officiel concernant la situation juridique, mais, en quelque sorte, une hypothèse commune qui est que les avoirs du Liechtenstein ne sont pas des «avoirs allemands à l'étranger» aux fins de la convention

⁵⁵ *Ibid.*, p. 28, par. 74 (Frowein).

⁵⁶ *Ibid.*, p. 26, par. 63; p. 29, par. 79 (Frowein).

sur le règlement. Une telle hypothèse aurait sans aucun doute influencé le comportement des Parties jusqu'en 1990. Puis, en 1995, l'Allemagne prend le contre-pied de cette hypothèse. La position est-elle modifiée en quoi que ce soit ? Bien sûr que non. Pourtant, l'élément central du différend, la situation ou le fait auquel le différend se rapporte, le *fait générateur*, correspond non pas aux fondements juridiques et factuels du droit qui est revendiqué mais à la situation ou au fait qui constitue un déni de ce droit. C'est aussi simple que cela.

Conclusion

43. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, dans la situation dans laquelle le Liechtenstein s'est trouvé en 1980 ou en 1990, il ne lui incombait pas d'anticiper ce que les juridictions allemandes pourraient faire, ni quelle attitude elles pourraient adopter, dans le cas où naîtrait une affaire relative aux biens liechtensteinois. Le présent différend porte sur la question de savoir si l'Allemagne pouvait légitimement, au regard du droit international, traiter des biens liechtensteinois comme des «avoirs allemands à l'étranger» relevant de la convention sur le règlement. La position des autorités judiciaires et du pouvoir exécutif allemands dans les années quatre-vingt-dix a été la source ou la cause nécessaire et suffisante du différend international qui est né immédiatement — c'est-à-dire son *fait générateur*. Pour tous ces motifs, le Liechtenstein affirme que la Cour est compétente *rationae temporis* pour connaître de la présente affaire.

Monsieur le président, je vous prie maintenant de bien vouloir donner la parole à M. Blumenwitz qui traitera de la deuxième exception préliminaire de l'Allemagne concernant la compétence interne.

Le PRESIDENT : Merci, Monsieur Crawford. Je donne à présent la parole à M. Blumenwitz.

32

M. BLUMENWITZ :

6. L'argument de la compétence nationale invoqué par l'Allemagne.

1. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, c'est un grand honneur pour moi de m'adresser à vous pour la première fois. Je vais dans mon exposé parler très brièvement de la

question de la compétence nationale. Par souci de commodité, je vous rappelle qu'aux termes de l'alinéa *b*) de l'article 27 de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends⁵⁷, les dispositions de ladite convention ne s'appliquent pas «*b*) aux différends portant sur des questions que le droit international laisse à la compétence exclusive des Etats».

2. Mon éminent collègue, M. Frowein, a déjà presque tout dit lundi en ce qui concerne l'alinéa *b*) de l'article 27 et il ne me reste plus grand-chose à ajouter⁵⁸. Il est fait référence dans cet alinéa à la notion de compétence nationale suivant le droit international⁵⁹; il n'y est pas question d'une appréciation subjective quelconque de la part de l'Etat défendeur. Ledit alinéa exige également — et cela n'a pas été abordé par M. Frowein — que le litige en question soit un différend qui, au regard du droit international, relève *exclusivement* de la compétence nationale de l'Etat défendeur.

a) *La compétence nationale dans la jurisprudence de la Cour*

3. Pour l'application de l'alinéa *b*) de l'article 27, il est utile de se reporter à la jurisprudence de la Cour. Tant la Cour actuelle que sa devancière ont traité de la même façon l'exception de la compétence nationale. Vous avez quant à vous refusé que l'argument de la compétence nationale soit utilisé pour transformer des questions de fond en questions préliminaires ou juridictionnelles. La compétence nationale constitue authentiquement une exception d'incompétence — qui s'applique seulement, uniquement, aux affaires dans lesquelles il appartient *exclusivement* à l'Etat défendeur de décider ce qui doit être fait en ce qui concerne l'objet du différend. Ainsi, en l'affaire des *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*⁶⁰, la Cour permanente a rejeté l'exception, alors même qu'il s'agissait d'une affaire concernant l'attribution de la nationalité — une matière qui, *prima facie*, relève du domaine réservé de l'Etat —, au motif que l'octroi de la nationalité par la France était contesté pour des motifs de droit international. Comme la Cour l'a énoncé dans un passage célèbre de l'avis :

⁵⁷ UNTS, vol. 320, n°4646, p. 257; dossier de plaidoiries, sous l'onglet n° 2 .

⁵⁸ CR 2004/24, p. 31, par. 87 (Frowein); voir également observations, p. 11-18, chap. 2.

⁵⁹ Voir en général sur cette notion : G. Guillaume, art. 2, par. 7, dans *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, J.-P. Cot, A. Pellet (dir. de publ.), Paris, *Economica*, 2^e éd., 1991, p. 141-159.

⁶⁰ C.P.J.I. série B n° 4, 1923.

«dès que les titres invoqués sont de nature à permettre la conclusion provisoire qu'ils peuvent avoir une importance juridique pour le différend soumis au Conseil ... la disposition ... cesse d'être applicable et l'on sort du domaine exclusif de l'Etat pour entrer dans le domaine régi par le droit international»⁶¹.

Ce passage contient une belle opposition entre le terme «provisoire» et la conséquence : une fois parvenu à la conclusion *provisoire* selon laquelle les arguments ont une importance juridique pour le différend, la question cesse alors *définitivement* de relever de la compétence nationale.

4. L'affaire des *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc* intéressait la compétence du Conseil de la Société des Nations au titre du paragraphe 8 de l'article 15 du Pacte, mais le principe a également été appliqué dans le cadre d'affaires contentieuses par la Cour actuelle, qui n'a jamais retenu d'exception fondée sur l'argument de la compétence nationale suivant le droit international⁶².

5. Prenons par exemple l'affaire de l'*Interhandel*. Dans cette affaire, les Etats-Unis disaient que la saisie d'actions d'une société suisse prétendument contrôlée par une société allemande était, suivant le droit international, une question relevant de la compétence nationale des Etats-Unis. La Cour s'est bornée à rechercher : «si les titres invoqués par le Gouvernement suisse permettent la conclusion provisoire qu'ils peuvent être pertinents en l'espèce et, dans ce cas, à rechercher si les questions relatives à la validité et à l'interprétation de ces titres sont des questions de droit international»⁶³.

6. Dans l'affaire du *Droit de passage*, la Cour a insisté sur le fait que l'existence d'un différend «sur le terrain du droit international» était en soi suffisante pour empêcher qu'une question relève de la compétence nationale. Dans son arrêt sur le fond, la Cour a estimé que le simple fait, pour l'Inde, d'affirmer que les titres revendiqués par le Portugal n'existaient pas ne l'autorisait pas à invoquer sa compétence nationale. La question était que la Cour ne pouvait déterminer l'inexistence des titres «que si elle s'[était] tout d'abord reconnue compétente pour connaître de la valeur de ces titres (portugais)»⁶⁴.

⁶¹ *Ibid.*, p. 26.

⁶² Voir également l'avis consultatif rendu en l'affaire relative à l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 70-71, sur le paragraphe 7 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies; *C.I.J. Recueil 1959*, p. 6 et suiv.; *C.I.J. Recueil 1957*, p. 125 et suiv.

⁶³ *C.I.J. Recueil 1959*, p. 24.

⁶⁴ *C.I.J. Recueil 1960*, p. 32-33.

34 b) *Le critère de la Cour appliqué aux faits de l'espèce*

7. Par conséquent, la question est la suivante : les arguments du Liechtenstein peuvent-ils être considérés provisoirement comme ayant «une importance juridique pour le différend» ? Dans l'affirmative, le différend échappe définitivement à la compétence nationale de l'Allemagne.

8. De quel différend s'agit-il donc ? Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, comme on vous l'a dit, il s'agit d'un différend sur la façon dont l'Allemagne a traité certains biens revendiqués par le Liechtenstein suivant le droit international. Par l'intermédiaire de ses organes officiels, l'Allemagne a refusé de se prononcer sur les demandes du Liechtenstein en s'appuyant sur une autre règle de droit international, celle qui figure dans la convention sur le règlement⁶⁵. Le Liechtenstein a contesté qu'il puisse être fait application de la convention sur le règlement : il estime que l'Allemagne interprète à tort la convention et, de toute façon, n'étant pas partie à ladite convention, le Liechtenstein n'est pas tenu par celle-ci. L'Allemagne a rejeté les objections du Liechtenstein et a confirmé en termes catégoriques les décisions de ses juridictions. Le Liechtenstein a fondé tous ses arguments sur le droit international. C'est à vous qu'il reviendra finalement de se prononcer. Mais il est certain que ces arguments sont, provisoirement, juridiquement importants pour le différend qui vous est soumis. L'Allemagne a prétendu agir sur une certaine base en vertu d'un traité. Pour divers motifs, le Liechtenstein a contesté le droit de l'Allemagne à agir ainsi. Tel est l'objet du différend. Cet objet n'est pas intrinsèquement allemand, n'est pas inhérent à l'Allemagne.

9. M. Frowein a reconnu explicitement lundi que la présente affaire soulève des questions juridiques d'ordre international⁶⁶ et il a à maintes reprises fait référence à un traité international, la convention sur le règlement⁶⁷. Mais, dans le même temps, il a prétendu que le droit international restait muet quant aux obligations des Etats tiers à l'égard des biens confisqués⁶⁸. Et il a présenté l'argument purement hypothétique selon lequel, même si aucune règle de droit international n'avait

⁶⁵ Convention sur le règlement de questions issues de la guerre et de l'occupation du 26 mai 1952, telle qu'amendée le 23 octobre 1954, *Bundesgesetzblatt*, 1955, deuxième partie, p. 406-459; dossier d'audience, sous l'onglet n° 3.

⁶⁶ CR 2004/24, p. 32, par. 89 (Frowein).

⁶⁷ CR 2004/24, p. 32, par. 91 (Frowein).

⁶⁸ CR 2004/24, p. 33, par. 93 (Frowein).

35 été invoquée, l'issue des décisions en question des juridictions allemandes aurait été la même⁶⁹. Ici, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, je dois souligner que le sort du tableau tel que le réglerait le droit international privé n'a pas été examiné devant les juridictions allemandes et cette question n'a pas non plus été soulevée lors des consultations bilatérales. Elle n'a aucun rapport, quel qu'il soit, avec le présent différend, lequel relève entièrement de principes de droit international public.

10. M. Frowein n'a cité aucune source à l'appui de sa proposition selon laquelle le droit international ne s'interroge pas sur les motivations de juridictions nationales et ne s'intéresse qu'au résultat de leurs décisions. Rien de surprenant à cela puisqu'il n'existe aucun précédent faisant autorité à cet égard. En droit international, toute déclaration susceptible d'être attribuée à l'Etat peut avoir des conséquences en droit international. Par exemple, une discrimination illicite sera beaucoup mieux mise en évidence par ce que dit le tribunal que par la teneur de la décision. Et cela s'avère encore plus exact si le pouvoir exécutif adopte ensuite la déclaration préjudiciable pour en faire état sur le plan international — comme cela s'est passé en l'espèce.

11. M. Frowein a prétendu lundi que, parce que le droit international public ne prévoit aucune règle applicable au traitement des biens devant les juridictions nationales d'un Etat quelconque, la question relève par conséquent de la compétence nationale de l'Allemagne⁷⁰. Cet argument rappelle nettement la cinquième exception préliminaire soulevée par l'Inde dans l'affaire du *Droit de passage*, selon laquelle les titres revendiqués par le Portugal n'existaient pas ou ne pouvaient être invoqués raisonnablement⁷¹. Une telle affirmation est manifestement une question qui relève de l'examen au fond.

⁶⁹ CR 2004/24, p. 33, par. 94 (Frowein).

⁷⁰ CR 2004/24, p. 33-34, par. 93 et 97 (Frowein); voir également les exceptions préliminaires de l'Allemagne, p. 33, par. 109. Voir aussi *Bundesverfassungsgericht* (Cour constitutionnelle fédérale allemande), décision du 28 janvier 1998 rendue dans le cadre de la procédure concernant le recours constitutionnel introduit par le prince Hans-Adam II de Liechtenstein — 2BvR 1981/97 — deuxième partie, premier point portant sur les motifs de la décision.

⁷¹ *C.I.J. Recueil 1960*, p. 32-33.

12. Il est pertinent de constater que, lors des deux tours de 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 nationale⁷². Au lieu de cela, elle a cherché à légitimer sa conduite, la présentant comme valide et licite en droit international ou, en tout cas, comme faisant appel à une interprétation parfaitement défendable de la convention sur le règlement. Il s'agissait 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»⁷³ à la suite de la seconde guerre mondiale.

36

13. Enfin, l'Allemagne prétend que ses juridictions n'ont pas décidé de manière définitive que la position tchèque sur la convention sur le règlement était juste; elles s'en sont simplement remis à cet Etat ainsi que la convention les y oblige. Mais, la question de savoir si un Etat doit s'en remettre sur une telle question à l'avis allégué par un second Etat lorsque la demande émane d'un Etat tiers est manifestement une question qui se situe sur le terrain du droit international. Il ne s'agit pas d'une question relevant de la compétence nationale de l'Etat du for.

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, peut-être faudrait-il faire ici la courte pause habituelle. Je voudrais vous prier d'appeler à la barre après la pause mon collègue et ami M. Bruha. Merci de votre bienveillante attention.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, Monsieur Blumenwitz.

L'audience est à présent suspendue pour dix minutes après quoi je donnerai la parole à M. Bruha.

L'audience est suspendue de 11 h 15 à 11 h 30.

⁷² Voir le rapport du second tour des consultations bilatérales tenu le 14 juin 1999 à Vaduz sur la question de la «décision de la *Bundesverfassungsgericht* allemande (Cour constitutionnelle fédérale) du 28 janvier 1998 (arrêt *Kalkofen*)», observations écrites de la Principauté de Liechtenstein, annexe 48, document déposé au Greffe de la Cour le 15 novembre 2002 conformément au paragraphe 2 de l'article 50 du Règlement de la Cour. Le premier tour de consultations s'était déroulé à Bonn le 10 juin 1998.

⁷³ Voir article 3, paragraphe 1 et 3 du chapitre VI de la convention sur le règlement concernant «des avoirs allemands à l'étranger ou des autres biens saisis au titre des réparations ou des restitutions, ou en raison de l'état de guerre...».

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. Je donne maintenant la parole à M. Bruha.

M. BRUHA :

7. Quatrième exception préliminaire de l'Allemagne

1. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, c'est un immense honneur et un très grand plaisir pour moi que de me présenter pour la première fois devant la Cour. Je vais examiner la quatrième exception préliminaire de l'Allemagne, qui est que le Liechtenstein n'a pas suffisamment justifié ses demandes.

2. Dans son intervention de lundi, mon éminent collègue, M. Tomuschat a, parmi d'autres, présenté une version de l'argumentation du Liechtenstein si bien remodelée qu'elle ne présente plus aucune ressemblance avec celle que nous vous avons effectivement soumise. Dans ces circonstances, il n'est guère surprenant que M. Tomuschat ait conclu à une justification insuffisante. Si le Liechtenstein avait plaidé que l'Allemagne doit, pour citer M. Tomuschat, «être tenue pour responsable des pertes financières subies par le Liechtenstein en 1945 du fait des autorités tchécoslovaques»⁷⁴, il lui aurait peut-être été difficile de justifier sa thèse. Mais, comme nous l'avons déjà expliqué, la nature de sa cause est tout autre.

37

3. En d'autres termes, l'Allemagne soutient que nous n'avons pas justifié une thèse qui est la *sienne*. Mais nous avons justifié la *nôtre*, comme je vais le démontrer.

4. Je développerai deux arguments principaux au sujet de la justification. Premièrement, la requête du Liechtenstein satisfait aux conditions énoncées par le Statut et le Règlement de la Cour. Deuxièmement, bien qu'elle n'ait cessé de s'en défendre, lundi, avec une grandiloquence toujours plus marquée, l'Allemagne comprend parfaitement l'objet et la portée des demandes du Liechtenstein. Et nous avons un troisième argument, qui est celui-ci : si notre cause était effectivement insuffisamment étayée (*quod non*), cette insuffisance ne constituerait pas une question préliminaire mais relèverait de la phase du fond.

⁷⁴ CR 2004/24, p. 35, par. 102 (Tomuschat).

A. La requête du Liechtenstein satisfait aux exigences du Statut et du Règlement de la Cour

5. Pour M. Tomuschat, la requête est «entachée de vices si profonds» que les conditions minimales énoncées au paragraphe 1 de l'article 40 du Statut et au paragraphe 2 de l'article 38 du Règlement de la Cour «ne peuvent être considérées comme satisfaites»⁷⁵.

6. Mais, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, 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 sur lesquels repose la prétention formulée dans sa requête, mais seulement de présenter un exposé «succinct», ainsi que la Cour l'a clairement affirmé dans l'affaire *Cameroun c. Nigéria*⁷⁶. Or, c'est précisément ce que fait le Liechtenstein dans sa requête. Celle-ci contient en effet «un exposé succinct des faits et moyens sur lesquels [la] demande repose» et fournit — je cite mon collègue M. Tomuschat — à tout le moins «*prima facie*»⁷⁷ un aperçu des questions de fait et de droit qui devront être démontrées et développées au cours de la procédure. Le Liechtenstein a clairement précisé les raisons motivant les demandes qu'il a formées contre l'Allemagne, en décrivant la série de décisions judiciaires, le comportement ultérieur et certains échanges diplomatiques, ainsi que le contexte factuel et historique dans le cadre duquel s'inscrit le différend. De même, le Liechtenstein a énoncé les principaux moyens de droit sur lesquels il fonde ses demandes.

38 B. L'Allemagne comprend l'objet et la portée du présent différend

7. J'en viens à mon deuxième point. M. Tomuschat a commencé son intervention, lundi, en déclarant, non sans emphase, que le «défaut indéniable et irrémédiable de justification» caractérisant la requête du Liechtenstein était tel que l'Allemagne ne pouvait même pas «organiser

⁷⁵ *Ibid.*, par. 100.

⁷⁶ Voir *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant)), exceptions préliminaires, arrêt du 11 juin 1998, C.I.J. Recueil 1998, p. 318, par. 98.*

⁷⁷ CR 2204/24, p. 38, par. 106 (Tomuschat).

sa défense»⁷⁸. Mais la précision des moyens que l'Allemagne a (prématurément) opposés sur le fond à nos prétentions dans ses exceptions préliminaires, puis, de nouveau, lundi, vient démentir cette allégation.

8. Nombreuses sont les observations formulées par l'Allemagne qui relèvent à l'évidence du fond. Pour n'en citer que quelques-unes, l'Allemagne, dans ses exceptions préliminaires, soutient que le Liechtenstein n'a pas démontré qu'elle avait porté une atteinte quelconque aux biens liechtensteinois⁷⁹, qu'il a déformé la jurisprudence allemande relative à la convention sur le règlement de 1952⁸⁰, qu'il n'a pas suffisamment étayé sa demande pour autant qu'elle fasse appel à la protection diplomatique⁸¹, et qu'il n'a pas démontré avoir subi la moindre violation de sa neutralité et de sa souveraineté⁸².

9. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, s'il fallait reconnaître à ces allégations une quelconque pertinence dans la présente phase de l'instance, ce serait uniquement en tant qu'elles démontrent que l'Allemagne n'a manifestement aucune difficulté à comprendre la demande. Ainsi, elle affirme, dans ses exceptions préliminaires :

«le Liechtenstein soutient ... avoir subi ... un préjudice direct à travers *le comportement des autorités allemandes, notamment des tribunaux*. Le Liechtenstein soutient que l'Allemagne n'a respecté ni sa souveraineté en tant qu'Etat tiers indépendant ni son statut d'Etat neutre au cours de la seconde guerre mondiale.»⁸³

Une telle assertion montre sans l'ombre d'un doute que l'Allemagne a bien compris la requête. L'Allemagne a parfaitement saisi que c'est l'assimilation des biens liechtensteinois à des avoirs allemands à l'étranger au sens de la convention sur le règlement — dans les années quatre-vingt-dix et ressortant exclusivement de décisions rendues par des tribunaux allemands et entérinées ultérieurement par les autorités allemandes — qui constitue la pierre angulaire du différend. L'Allemagne a parfaitement saisi que tel est l'acte internationalement illicite dont le Liechtenstein lui fait grief, et que telle est «l'essence même» du présent différend.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 35, par. 100 (Tomuschat).

⁷⁹ EPA, par. 121-124, CR 2004/24, p. 35-36, par. 102 (Tomuschat).

⁸⁰ EPA, par. 125-130, CR 2004/24, p. 37, par. 105 (Tomuschat).

⁸¹ EPA, par. 131-142, CR 2004/24, p. 40-41, par. 110-111 (Tomuschat).

⁸² EPA, par. 143-149, CR 2004/24, p. 44, par. 120 (Tomuschat).

⁸³ EPA, par. 143.

10. De même, il n'est pas loisible à l'Allemagne de soutenir, à ce stade préliminaire, qu'elle n'est pas en mesure de préparer sa défense. Au reste, quand bien même cet argument serait recevable, la difficulté qu'elle rencontre tient uniquement à ce qu'elle pense à des moyens spécifiques qui lui permettraient de réfuter une argumentation qui n'est pas celle que plaide le Liechtenstein. C'est ce qui ressort de ses allégations très précises relatives au défaut de justification. Dans ses exceptions préliminaires, et lundi à l'audience, l'Allemagne a évoqué de prétendues lacunes dans les points suivants de l'argumentation du Liechtenstein :

- l'imputation à l'Allemagne des pertes subies par le Liechtenstein et ses ressortissants⁸⁴;
 - la réalité et la nature de ces pertes⁸⁵;
 - l'interprétation de la jurisprudence des tribunaux allemands⁸⁶;
 - la conclusion à tirer de l'adoption de cette jurisprudence par l'Allemagne qui l'a faite sienne⁸⁷;
- et
- la violation de la neutralité et de la souveraineté du Liechtenstein⁸⁸.

Ces exemples viennent uniquement confirmer que les points évoqués relèvent sans contredit du fond et non de la recevabilité.

C. L'insuffisance des preuves n'est pas une question préliminaire

11. J'en viens à mon dernier point : l'insuffisance des preuves n'est pas une question préliminaire. Dès lors que le demandeur a satisfait aux conditions minimales énoncées dans le Statut et le Règlement de la Cour en matière de justification, ce qui est le cas pour le Liechtenstein en l'espèce, le défendeur ne peut décemment pas continuer à exiger, à titre d'exceptions préliminaires, davantage et davantage encore d'éléments de preuve factuels. Quand il faut montrer que la demande est suffisamment étayée et qu'elle est valide, cela se fait, quand c'est pertinent, lorsque la Cour est appelée à statuer sur le fond ou à déterminer le montant des réparations, mais non au stade des exceptions préliminaires.

⁸⁴ CR 2004/24, p. 37, par. 105 (Tomuschat), EPA, par. 119-120.

⁸⁵ CR 2004/24, p. 38, par. 106 (Tomuschat) et p. 56-57, par. 146 (Dupuy); EPA, par. 138-142.

⁸⁶ CR 2004/24, p. 36-37, par. 104 (Tomuschat); EPA, par. 123 et 125.

⁸⁷ CR 2004/24, p. 36-37, par. 104 (Tomuschat); EPA, par. 126-128.

⁸⁸ CR 2004/24, p. 44, par. 120 (Tomuschat); EPA, par. 143-149.

12. Il est vrai que l'Allemagne a toujours déploré l'absence de précisions, de la part du Liechtenstein, au sujet de l'identité et de la nationalité des propriétaires des biens confisqués.

40 Lundi, M. Tomuschat a, à plusieurs reprises, reproché au Liechtenstein de ne pas avoir donné l'identité de la totalité de ses ressortissants lésés ni donné d'indications sur les biens atteints par les actes illicites imputés à l'Allemagne, et il en a conclu que nous n'étions pas parvenus à trouver un motif quelconque justifiant l'exercice de la protection diplomatique. Mais cet argument est infondé.

13. A l'annexe 49 de son mémoire, le Liechtenstein a fourni à l'Allemagne la liste des personnes victimes des mesures de confiscation prises en 1945 par la Tchécoslovaquie. En outre, comme l'explique le mémoire⁸⁹, la grande majorité des biens confisqués appartenaient au prince régnant de Liechtenstein et à sa famille. L'Allemagne elle-même reconnaît que, s'agissant du prince, elle possède suffisamment d'informations pour présenter sa défense. Par égard tant pour l'Allemagne que pour la Cour, le Liechtenstein a annexé à ses observations une mise à jour de la liste des personnes lésées⁹⁰ ainsi que des précisions sur les avoirs confisqués. Peu importe que le Liechtenstein soit aujourd'hui ou non en mesure de prouver dans chacun des cas que les intéressés ont eu des héritiers et que ceux-ci possèdent la nationalité liechtensteinoise⁹¹. Au stade de la recevabilité, il suffit qu'une seule personne figurant sur cette liste ait la nationalité liechtensteinoise et entre de ce fait dans la catégorie des personnes pouvant prétendre à la protection diplomatique. Tel est incontestablement le cas du prince et aussi de la plupart des autres personnes citées sur cette liste.

14. Dans l'affaire *Cameroun c. Nigeria*, le Nigeria a soulevé une exception analogue à l'encontre de certains aspects de la requête du Cameroun, exception que la Cour a rejetée en ces termes :

«En ce qui concerne le sens à donner au terme «succinct», la Cour se bornera à noter que dans la présente affaire la requête du Cameroun contient un exposé suffisamment précis des faits et moyens sur lesquels s'appuie le demandeur. Cet exposé remplit les conditions fixées par le paragraphe 2 de l'article 38 du Statut et la requête est par suite recevable.

⁸⁹ Voir par exemple, ML, par. 1.20-1.21.

⁹⁰ OEL, 15 novembre 2002, annexe 48.

⁹¹ CR 2004/24, p. 40, par. 70 (Tomuschat).

Cette constatation ne préjuge cependant en rien la question de savoir si, compte tenu des éléments fournis à la Cour, les faits allégués par le demandeur sont ou non établis et si les moyens invoqués par lui sont ou non fondés. Ces questions relèvent du fond et il ne saurait en être préjugé dans la présente phase de l'affaire.»⁹²

De l'avis du Liechtenstein, et avec tout le respect dû à la Cour, les mêmes considérations s'appliquent en l'espèce.

15. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, avant de conclure, je présenterai deux arguments subsidiaires.

41

16. Premièrement, j'évoquerai le paragraphe 1 de l'article 53 du Statut qui dispose : «Lorsqu'une des parties ne se présente pas, ou s'abstient de faire valoir ses moyens, l'autre partie peut demander à la Cour de lui adjuger ses conclusions.» Il va sans dire que si elle adjuge ses conclusions à la partie demanderesse, c'est que la Cour est appelée à statuer sur le fond. Par analogie, le membre de phrase «s'abstient de faire valoir ses moyens» peut être appliqué au cas où un Etat présente une demande mais ne la justifie pas. En pareil cas, il appartient à la Cour de se prononcer en faveur de la partie adverse sur les éléments qui lui sont apparus insuffisamment justifiés. Mais elle doit le faire lors de la phase du fond, lorsqu'il lui a été donné d'entendre les parties exposer leurs moyens dans leur intégralité, et non au stade de la recevabilité. D'ailleurs, si l'Etat demandeur, ayant pu faire valoir ses moyens *in extenso*, n'a pas pour autant établi à la satisfaction de la Cour les éléments de fait nécessaires, l'Etat défendeur est en droit d'obtenir une décision sur le fond, ayant l'autorité de la chose jugée, qui tranche définitivement ces aspects-là de la question. C'est là une décision que la Cour ne saurait rendre au stade des exceptions préliminaires; elle ne peut pas statuer sur le fond lorsque, en vertu du paragraphe 5 de l'article 79 du Règlement de la Cour, l'examen au fond est suspendu.

17. Deuxièmement, j'évoquerai — ainsi que l'a fait la Cour dans l'arrêt *Cameroun c. Nigeria* — le droit qu'a le demandeur, jusqu'au terme de la procédure, de compléter après coup l'exposé des faits et des motifs sur lesquels repose sa demande, droit que la Cour a reconnu dans sa jurisprudence⁹³, et qui ne trouve de limite que dans l'exigence que le différend porté devant la Cour

⁹² Affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, par. 100.

⁹³ Affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 318, par. 98.

par requête «ne se trouve pas transformé en un autre différend dont le caractère ne serait pas le même»⁹⁴. Mais l'Allemagne ne prétend pas que le Liechtenstein ait opéré en l'espèce pareille transformation du différend.

Conclusion

18. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, en conclusion, les arguments du Liechtenstein sur le prétendu défaut de justification peuvent se résumer en deux propositions simples :

- i) *primo*, les moyens présentés dans la requête satisfont aux conditions énoncées dans le Statut et le Règlement de la Cour;
- 42 ii) *secondo*, la quatrième exception préliminaire de l'Allemagne est dépourvue de fondement, puisque le Liechtenstein a dûment justifié ses demandes en droit et en fait.

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, je vous remercie de votre attention. Monsieur le président, je vous prie de bien vouloir appeler à la barre M. Hafner, qui poursuivra la plaidoirie du Liechtenstein.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, Monsieur Bruha. Je donne maintenant la parole à M. Hafner.

M. HAFNER :

8. L'épuisement des recours internes

A. Introduction

1. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, c'est pour moi un grand honneur que de plaider aujourd'hui pour la première fois devant vous.

2. Mon intervention a pour objet de répondre à la sixième exception préliminaire de l'Allemagne, à savoir que les demandes du Liechtenstein ne seraient pas recevables au motif que les recours internes n'ont pas été épuisés. Je vais vous montrer que cette exception est dépourvue de tout fondement et ce pour trois raisons.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 318-319, par. 99; voir également, entre autres, CPJI, arrêt, 15 juin 1939, *Société commerciale de Belgique*, série A/B n° 78, p. 173 ou CIJ, arrêt, 21 novembre 1959, *Interhandel*, C.I.J. Recueil 1959, p. 21.

3. Dans la présente affaire, le Liechtenstein formule à l'encontre de l'Allemagne des demandes en son nom propre principalement, et des demandes au nom de ses citoyens. Concernant les premières — celles que le Liechtenstein présente directement en son nom propre, dites «réclamations directes» —, je commencerai par montrer que la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique pas. S'agissant de la protection diplomatique, il en va autrement. Mais je montrerai ensuite que, même si la règle était applicable, il n'y avait en l'espèce aucun recours interne ouvert aux Liechtensteinois en Allemagne. Enfin, je répondrai à la thèse paradoxale de l'Allemagne selon laquelle les Liechtensteinois auraient dû épuiser les recours internes en Tchécoslovaquie pour demander réparation de violations subies en Allemagne.

43 B. La règle de l'épuisement des recours internes n'est pas applicable puisque les demandes du Liechtenstein concernent principalement un préjudice direct

4. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, si vous le voulez bien, j'en viens maintenant au premier point, la question des préjudices directs subis par le Liechtenstein — une question que l'Allemagne n'a pas jugé opportun d'aborder à l'audience. Dans sa requête⁹⁵, le Liechtenstein 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.

5. Il est généralement admis que la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique qu'aux affaires de protection diplomatique, et ne s'applique pas lorsqu'un Etat a subi directement une violation par un autre Etat de ses droits en tant qu'Etat souverain. Cette distinction a été confirmée par la Cour dans les affaires de l'*Interhandel*⁹⁶ et de l'*ELSI*⁹⁷ et elle est unanimement

⁹⁵ Voir également ML, chap. 4.

⁹⁶ *C.I.J. Recueil 1959*, p. 28.

⁹⁷ *C.I.J. Recueil 1985*, par. 52.

reconnue dans la pratique judiciaire et arbitrale internationale⁹⁸ ainsi que dans la doctrine⁹⁹. La Cour a eu récemment l'occasion de statuer sur ce sujet dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains*; j'y reviendrai tout à l'heure.

6. L'Allemagne ne cesse de citer en la déformant délibérément la demande du Liechtenstein. Elle ignore systématiquement — même à l'audience — le fait que les deux formes de préjudice direct causé au Liechtenstein par l'Allemagne — à savoir la violation de sa souveraineté et les violations du droit de la neutralité — sont au cœur de notre demande. En ignorant cet aspect des demandes du Liechtenstein lié au préjudice direct, l'Allemagne essaye une fois de plus de présenter l'affaire sous une forme qui n'est pas celle que lui donne le Liechtenstein.

7. La non-applicabilité de la règle de l'épuisement des recours internes lorsqu'il y a violation du droit de la neutralité est reconnue dans la pratique; le Liechtenstein a cité dans ses observations¹⁰⁰ un grand nombre d'affaires et d'exemples qui le confirment, et il n'est donc nul besoin de les répéter ici.

44

8. Le Liechtenstein affirme également que l'Allemagne a violé sa souveraineté, en ce qu'elle a étendu le champ d'application de la convention sur le règlement de façon à y inclure les avoirs du Liechtenstein — alors que cet instrument, selon ses propres termes, est limité uniquement aux avoirs allemands à l'étranger. Il est largement reconnu dans la doctrine, y compris dans la doctrine allemande¹⁰¹, qu'une telle conduite équivaut à violer la souveraineté de l'Etat concerné.

⁹⁸ *Affaire du navire «Saiga» (No. 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*, Tribunal international du droit de la mer (1997), dont la décision est reproduite dans *International Legal Materials*, 1999, vol. 38, p. 1323, par. 98; affaire concernant l'*Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis et la France*, 1978, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII, p. 469-470, par. 30; *Case concerning the Heathrow Airport User Charges [Relevances pour l'utilisation de l'Aéroport d'Heathrow]*, *International Law Reports*, 1992, vol. 102, p. 279.

⁹⁹ T. Meron, «The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies», *British Yearbook of International Law*, 1959, vol. 35, p. 84-88; C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 1990, p. 108-132; J. Dugard, *Deuxième rapport sur la protection diplomatique*, Nations Unies, doc. A/CN.4/514, par. 21-23; S. Wittich, «Direct Injury and the Incidence of the Local Remedies Rules», *Austrian Review of International and European Law*, 2000, vol. 5, p. 121.

¹⁰⁰ OEL, par. 6.26-6.32.

¹⁰¹ Hermann Weber, *Anmerkung zur «Liechtenstein-Entscheidung» des Bundesverfassungsgerichts vom 28 Januar 1998*, 36 *Archiv des Völkerrechts* 188, 192 (1998); K. Doehring, *Völkerrechtswidrige Konfiskation eines Gemäldes des Fürsten von Liechtenstein als «deutsches Eigentum»*. Ein unrühmlicher Schlusspunkt, 18 *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 1998, p. 466; Ignaz Seidl-Hohenveldern, *Völkerrechtswidrigkeit der Konfiskation eines Gemäldes aus der Sammlung des Fürsten von Liechtenstein als angeblich «deutsches» Eigentum*, 16 *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 410 (1996); *id.*, *Nachwirkung der Kontrollratsgesetzgebung und die deutsche Souveränität — Zu den Urteilen über die «Bodenreform» und zur Fortgeltung des Klagestops nach dem Überleitungsvertrag*, in «Liber Amicorum Günther Jaenicke — Zum 85. Geburtstag» 975, 983-4 (dir. de publ., V. Götz/P. Selmer/R. Wolfrum, 1998).

9. Nombreux sont les différends internationaux qui portent à la fois sur la protection diplomatique et sur un préjudice direct, et cette «dualité» caractérise également la présente affaire. Cela tient au fait que plusieurs règles de droit international peuvent être concurremment violées par un seul et même comportement. Si l'on examine les demandes du Liechtenstein dans leur ensemble, en particulier telles qu'elles ont été exposées dans le mémoire¹⁰², on constate immédiatement que le préjudice que l'Allemagne a causé directement au Liechtenstein en violant sa souveraineté et sa neutralité constitue la pierre angulaire de la demande du Liechtenstein. A cet égard, cette demande est analogue à celle que les Etats-Unis formulèrent contre l'Iran en l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*¹⁰³. La Cour considéra que la demande des Etats-Unis portait sur un préjudice direct, nonobstant le fait que des particuliers avaient également été touchés par la violation. De même, en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*¹⁰⁴, le Nicaragua demandait réparation en tant que *parens patriae* de ses citoyens, et donc dans le cadre de l'exercice de son droit de protection diplomatique. Là encore, aucun citoyen du Nicaragua ne fut tenu d'épuiser les recours internes avant que l'Etat du Nicaragua pût faire valoir sa demande.

45

10. L'affaire plus récente qui a confirmé cette approche est l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*¹⁰⁵. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, dans votre arrêt sur cette affaire, vous avez dit que le Mexique fondait ses demandes non seulement sur les préjudices causés individuellement aux Mexicains concernés, mais également sur les préjudices que ce pays avait «subis lui-même, directement et à travers ses ressortissants». Ce préjudice direct découlait de la violation par les Etats-Unis des obligations énoncées à l'article 36 de la convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires. Il est souligné dans votre arrêt que l'obligation d'épuiser les recours internes n'était pas applicable. C'est pourquoi vous n'avez pas jugé nécessaire de traiter des demandes mexicaines concernant des violations sous l'angle distinct de la protection diplomatique, et vous avez donc rejeté l'exception

¹⁰² ML, p. 87-108.

¹⁰³ Arrêt, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 6.

¹⁰⁴ Arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 19.

¹⁰⁵ Arrêt du 31 mars 2004, par. 40 et suiv.

d'irrecevabilité soulevée à cet égard par les Etats-Unis¹⁰⁶. Cet arrêt confirme que, malgré la dualité d'une demande soulevée dans le cadre d'un différend entre deux Etats, le préjudice direct subi par l'un d'eux suffit à supprimer l'obligation d'épuiser les recours internes.

11. Pour ces motifs, la nature et l'objet du présent différend, ainsi que la relation juridique entre les normes et les obligations invoquées par le Liechtenstein et qui ont été violées par l'Allemagne, concernent essentiellement des droits directs du Liechtenstein. Par conséquent, le Liechtenstein a subi un préjudice direct, et la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique pas en l'espèce.

C. L'exercice de la protection diplomatique

12. Bien que la règle de l'épuisement des recours internes ne soit pas applicable, j'examinerai néanmoins les deux arguments soulevés à cet égard par l'Allemagne pour faire obstacle à la recevabilité des demandes du Liechtenstein : j'évoquerai d'une part l'inutilité des recours internes ouverts en Allemagne et, de l'autre, l'absurdité qu'il y aurait à épuiser les recours internes en Tchécoslovaquie, c'est-à-dire aujourd'hui dans la République tchèque.

13. Même si la règle de l'épuisement des recours internes était jugée applicable en l'espèce et pour autant qu'elle le soit, rien ne permet de s'opposer à la recevabilité de la demande dont la Cour est saisie. L'Allemagne reconnaît à juste titre, et mon éminent confrère M. Tomuschat l'a confirmé lundi dernier¹⁰⁷, que dans le cas du tableau de Pieter van Laer, les recours internes ont été épuisés. L'Allemagne elle-même assure que les décisions rendues par la Cour fédérale constitutionnelle dans cette affaire ne peuvent plus être contestées au sein du système juridique allemand¹⁰⁸. Les déclarations de l'Allemagne confirment au-delà du moindre doute que l'obligation d'épuiser les recours internes a été pleinement remplie, au moins en ce qui concerne ce bien en particulier.

46

14. Concernant les autres biens liechtensteinois, cependant, leurs propriétaires ne sont pas tenus d'épuiser les recours internes si ces recours sont inefficaces, que l'exercice serait vain ou que la possibilité de le faire n'existe pas. Ce principe est confirmé dans la jurisprudence ainsi que dans

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ CR 2004/24, p. 58, par. 148 (Tomuschat).

¹⁰⁸ EPA, par. 191

la doctrine, citée *in extenso* dans les observations du Liechtenstein¹⁰⁹. Dans le cadre des travaux récents de la Commission du droit international sur la protection diplomatique, cette exception à la règle de l'épuisement des recours internes a recueilli un appui écrasant, ce qui montre que l'existence d'une telle exception est communément admise¹¹⁰.

15. A l'évidence, il serait vain pour les ressortissants du Liechtenstein de faire appel aux recours internes en Allemagne. Peut-on raisonnablement s'attendre à ce qu'un citoyen du Liechtenstein utilise les voies de recours allemandes alors que la Cour constitutionnelle a déjà rendu une décision négative dans une affaire similaire ? Aucun Liechtensteinois n'obtiendrait d'une juridiction allemande une autre décision que celle qu'a rendue la Cour constitutionnelle fédérale dans l'affaire du *Tableau de Pieter van Laer*. Dès lors que la Cour constitutionnelle fédérale a statué, on ne peut compter qu'une autre juridiction allemande rende une autre décision dans des affaires faisant appel au même raisonnement juridique.

16. La règle disant que l'épuisement des recours internes ne sera pas obligatoire lorsqu'on ne peut raisonnablement espérer une autre décision que celle qui a déjà été rendue est très largement reconnue dans la pratique judiciaire internationale comme par les autorités internationales¹¹¹.

17. Par exemple, le Comité des droits de l'homme n'a cessé d'affirmer, lorsque la plus haute juridiction interne compétente a déjà tranché la question litigieuse soumise à son examen, excluant de ce fait toute possibilité de voir aboutir un appel formé auprès des juridictions nationales, qu'il n'est pas obligatoire d'épuiser désormais les recours internes dans toute autre affaire similaire¹¹². De même, la commission mise en place en vertu de la convention européenne des droits de l'homme a systématiquement considéré qu'une «jurisprudence bien établie peut constituer une

47 circonstance particulière de nature à dispenser un requérant, selon les principes de droit

¹⁰⁹ OEL, par. 6.7-6.11.

¹¹⁰ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux à sa cinquante-quatrième session, 2002, Nations Unies, doc. A/57/10, p. 139, par. 181.

¹¹¹ Voir par exemple le troisième rapport de John Dugard sur la protection diplomatique, Nations Unies, doc. A/CN.4/523, p. 16.

¹¹² *Länsman et al. v. Finland*, communication n° 511/1992, Nations Unies, doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994).

international généralement reconnu, d'épuiser les voies de recours internes»¹¹³. Autrement dit, il n'est pas nécessaire de saisir les juridictions internes si cela doit immanquablement aboutir à la répétition d'une décision déjà rendue.

18. L'impossibilité de s'attendre raisonnablement à une autre décision en Allemagne ressort également des discussions qui ont eu lieu entre des représentants de l'Allemagne et du Liechtenstein. Lors de ces entretiens, la délégation allemande a souligné que le pouvoir exécutif allemand avait pris connaissance de la décision de sa Cour suprême, qu'il était lié par cette décision et qu'il le serait également pour toute affaire ultérieure de ce type¹¹⁴.

19. La partie adverse a affirmé en outre qu'il n'existait pas de recours judiciaires ouverts en Allemagne. Comme l'a répété M. Tomuschat lundi dernier¹¹⁵, l'Allemagne justifie cette inexistence en faisant valoir que la demande concerne des biens immeubles situés dans des lieux échappant à sa compétence et que «seul le corps judiciaire local a compétence pour régler les questions liées à la propriété de biens immobiliers»¹¹⁶. Ce raisonnement juridique n'a toutefois aucune pertinence en l'espèce puisque l'Allemagne a exclu la compétence des tribunaux allemands en se fondant sur une autre base, celle de l'applicabilité de l'article 3 du chapitre sixième de la convention sur le règlement. Et si elle a pu le faire, c'est uniquement parce qu'elle a déclaré que les biens liechtensteinois faisaient partie des «avoirs allemands à l'étranger» aux fins de la convention sur le règlement.

20. En tout état de cause, cet argument supplémentaire de l'Allemagne ne fait que confirmer l'inexistence, sur son territoire, de recours internes qu'auraient pu utiliser les citoyens du Liechtenstein.

21. Pour tous ces motifs, le non-épuisement des recours internes ne saurait être invoqué par l'Allemagne pour s'opposer à la recevabilité de la demande du Liechtenstein.

¹¹³ *A et al. v. Germany*, Appl. N. 899/60, *Collection*, vol. 9, p. 9.

¹¹⁴ ML, par. 3.51.

¹¹⁵ CR 2004/24, p. 59, par. 152 (Tomuschat).

¹¹⁶ EPA, p. 59, par. 193.

D. L'argument de l'Allemagne fondé sur les recours internes en Tchécoslovaquie

48 22. J'en viens enfin à l'argument plutôt étrange de l'Allemagne selon lequel les Liechtensteinois auraient dû faire appel d'abord aux mécanismes judiciaires ouverts dans l'ancienne Tchécoslovaquie avant que le Liechtenstein puisse exercer en leur nom sa protection diplomatique à l'encontre de l'Allemagne¹¹⁷. Dans sa plaidoirie, M. Tomuschat s'est centré sur cet argument, qu'il a qualifié d'«innovation juridique»¹¹⁸. Pour le Liechtenstein, cependant, on ne saurait imposer semblable obligation juridique.

23. Cet argument ne peut être retenu, il ne peut pas être retenu parce que l'idée qui sous-tend la règle de l'épuisement des recours internes — et M. Tomuschat a eu tout à fait raison de le dire¹¹⁹ —, c'est de permettre à l'Etat de mettre *son propre* comportement à l'égard du demandeur en conformité avec les exigences du droit international. Ne serait-ce que pour cette raison, seules les juridictions allemandes pouvaient être saisies en vue de produire cet effet. Il serait totalement contraire au système de la protection diplomatique que l'exercice de ce droit soit subordonné à l'épuisement des recours internes dans un Etat autre que *celui qui a violé ses obligations internationales ou sur le territoire duquel la violation a eu lieu*. En particulier, aucune décision d'un tribunal tchécoslovaque n'aurait pu remplir l'objectif du principe de l'épuisement des recours internes, qui est de réparer l'illicéité des actes de l'Allemagne. Que les citoyens du Liechtenstein, en l'espèce, aient eu ou non recours aux tribunaux tchécoslovaques n'a aucune pertinence en l'espèce. Et il est très révélateur de constater que l'Allemagne n'a pas été en mesure d'étayer sa thèse par le moindre précédent. A cet égard, mon éminent confrère Tomuschat a fait valoir que «les ressortissants du demandeur, qui a endossé leurs réclamations, auraient pu empêcher les préjudices qui leur ont été infligés en ayant recours aux moyens disponibles dans l'Etat qui a causé les préjudices»¹²⁰. Quelle que soit sa validité dans l'absolu, cet argument n'est pas défendable puisque c'est l'Allemagne qui a causé les préjudices dénoncés par le Liechtenstein en l'espèce et que la décision de la Cour constitutionnelle a rendu vain tout nouveau recours interne.

¹¹⁷ CR 2004/24, p. 59, par. 151 et suiv. (Tomuschat).

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 59, par. 151 (Tomuschat).

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 59, par. 151 (Tomuschat).

¹²⁰ *Ibid.*, p. 60, par. 153 (Tomuschat).

49

24. A cet égard, M. Tomuschat a essayé de minimiser le comportement de l'Allemagne en le qualifiant de «marginal»¹²¹. Considérer le comportement de l'Allemagne comme «marginal» relève de l'appréciation subjective; ce qui peut sembler uniquement marginal à un certain Etat peut être d'une grande importance pour un autre. Quoiqu'il en soit, ce qui importe en l'espèce, c'est de savoir si le comportement est conforme au droit international.

E. Conclusions

25. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, au vu de toutes ces considérations, la règle de l'épuisement des recours internes ne constitue pas un obstacle juridique à la recevabilité de l'affaire dont vous êtes saisis.

- Premièrement, la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique pas en l'espèce, puisque la demande concerne des préjudices principalement subis par l'Etat du Liechtenstein lui-même.
- Deuxièmement, quand bien même cette règle serait considérée comme applicable en principe, elle a été totalement respectée puisque, compte tenu de la décision relative au tableau de Pieter van Laer, aucun recours interne n'était de toute façon ouvert.
- Troisièmement, l'argument avancé par l'Allemagne selon lequel les citoyens du Liechtenstein auraient dû faire d'abord appel aux mécanismes judiciaires de l'ancienne Tchécoslovaquie avant que le Liechtenstein puisse exercer la protection diplomatique à l'encontre de l'Allemagne ne saurait en aucun cas être jugé valable.

26. Pour ces motifs, le Liechtenstein affirme que la thèse de l'Allemagne fondée sur le principe de l'épuisement des recours internes doit être rejetée. A présent, Monsieur le président, je vous demanderai de bien vouloir appeler à la barre M. Pellet, qui conclura notre plaidoirie. Merci.

¹²¹ *Ibid.*, p. 60, par. 153 (Tomuschat).

Le PRESIDENT : Merci, Monsieur Hafner. Je donne maintenant la parole à M. Pellet.

Mr. PELLET:

**9. Germany's objection based on the absence from the proceedings
of the successor States to Czechoslovakia**

Mr. President, Members of the Court,

50 1. It is my task to refute the objection to admissibility which Germany seeks to derive from the absence from these proceedings of the successor States to the former Czechoslovakia, the Czech Republic and the Slovak Republic — although the latter is strangely neglected by our opponents.

2. I would moreover make it clear from the outset that Liechtenstein's argument on this point in no way depends on the manner in which the problem of State succession might be posed and resolved. I shall refer indifferently to "Czechoslovakia" or to its "successor States", or to the "Slovak and Czech Republics". Irrespective of their role in the succession, those two States are not in any case concerned by the case which the Principality of Liechtenstein has brought before the Court.

3. Germany disputes this, asserting that "Liechtenstein's claims would oblige the Court to rule on the rights and obligations of the Czech Republic in its absence and without its consent"¹²². The first two objections to jurisdiction, concerning respectively the purported absence of any dispute between the Parties to the present proceedings and the Court's alleged lack of jurisdiction *ratione temporis*, amount, in different forms, to the same argument. James Crawford — frequently my colleague, but always my friend — has already shown you this morning that the Court must give short shrift to those objections. I will inevitably have to return to this point, but under a different aspect.

4. For my part, my task is to deal more particularly with the use which Germany seeks to make of the *Monetary Gold* jurisprudence. In brief, it seems to me that it makes a perfectly good analysis of this, but applies it to the present case in a totally biased and unacceptable manner.

¹²²Preliminary Objections of Germany (POG), p. 93; repeated in CR 2004/24, p. 45 (Dupuy).

51

5. As regards the first point — the analysis — two days ago Professor Dupuy produced an excellent summary of your jurisprudence¹²³; it would serve no purpose for me to return to it: I would certainly do no better, and doctrinal discourse is not an area in which I make any claims to excellence. Moreover, what he said was really quite superfluous: as Liechtenstein had already pointed out in its Observations¹²⁴, there is no disagreement on this point between the Parties and we are happy to subscribe to the conclusions drawn by Germany from the 1954 Judgment, as explicated by the *Nauru*¹²⁵ and *East Timor*¹²⁶ cases:

“The jurisprudence of the Court concerning the indispensability of third parties is crystal clear: If [and I stress this first ‘if’] the legal interests of a third State constitute the ‘very subject-matter’ of a dispute brought to the Court and the third State is absent from the proceedings, the Court cannot exercise jurisdiction on the matter. Legal interests of a third State do constitute the very subject-matter of a dispute if [and this is an important second ‘if’] the Court cannot decide on the claims before it without prior determination as to the rights or obligations of the third State.”¹²⁷

6. However, the agreement between the Parties stops there. For the two “ifs” are conditions *sine qua non* for the success of a preliminary objection based on the so-called rule of the “necessary party”. However, contrary to Germany’s contentions in this case, neither of these two conditions (which are perhaps simply different ways of saying the same thing) is satisfied.

7. Moreover, Germany completely neglects “the other side of the coin” of the *Monetary Gold* jurisprudence — what might be called its “positive” aspect — in 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”¹²⁸, or where it has an “interest of a legal nature” which might “be affected”¹²⁹ or where, as in the *Nauru* case, the Court’s decision might “have implications for

¹²³CR 2004/24, pp. 49-53, paras. 132-137.

¹²⁴P. 75, para. 5.4.

¹²⁵Judgment of 26 June 1992, *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, *Preliminary Objections*, *I.C.J. Reports 1992*, pp. 259-262, paras. 50-55.

¹²⁶Judgment of 30 June 1995, *East Timor (Portugal v. Australia)*, *I.C.J. Reports 1995*, pp. 101-105, paras. 26-34.

¹²⁷POG, p. 103.

¹²⁸See ICJ Judgments of 15 June 1954, *Monetary Gold Removed from Rome in 1943*, *I.C.J. Reports 1954*, p. 32, and 13 September 1990, *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras)*, *Application to Intervene*, *I.C.J. Reports 1990*, p. 116, para. 55.

¹²⁹See Article 62 of the Statute and Judgment of 30 June 1995, *East Timor (Portugal v. Australia)*, *I.C.J. Reports 1995*, p. 104, para. 34.

52 the legal situation of the two other States concerned”¹³⁰. Such is the case in the present proceedings, where, contrary to what Germany contends, neither the illegality of the “Beneš Decrees”, nor Czechoslovakia’s right to war reparations, are in any sense “the very subject-matter” of these proceedings (A and B). These are the two points which I will first address, before examining their consequences for the Court’s jurisdiction (C).

A. The unlawfulness of the Beneš Decrees is not “the very subject-matter of the dispute”

8. Mr. President, according to my opponent and friend Pierre-Marie Dupuy, the Czech Republic is a necessary third party in this case because, he says: “a determination as to the lawful or unlawful character of the acts of expropriation imputable to Czechoslovakia is in itself an *essential prerequisite* to assessing the position of Germany in relation to the Beneš Decrees”¹³¹. This statement is based on a complete distortion of the question which Liechtenstein has referred to the Court. And this requires me to return once again to the very subject-matter of the dispute, which Germany persists, wilfully or not, in distorting.

9. Liechtenstein does have a dispute with the successors of the former Czechoslovakia and makes no mystery of that. Liechtenstein considers that it (and many of its nationals) has (have) been the victim(s) of the Beneš Decrees of 1945, which resulted in the unjust confiscation of Liechtenstein assets wrongly equated with German property. But that dispute between Liechtenstein and the successor States of Czechoslovakia is completely separate from the one which is the subject of the present proceedings:

- the parties are different, and that is self-evident; and
- most importantly, their subject-matters are different.

10. In his statement on Monday, Professor Dupuy applied himself to drawing a parallel between the *Monetary Gold* case and the case which concerns us, claiming to see a “very close similarity”¹³². But there is such a similarity only if, like my opponent, we consider the wrong dispute, if we postulate that Liechtenstein is asking you, Members of the Court, to rule against

¹³⁰*Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, Judgment of 26 June 1992, *I.C.J. Reports 1992*, p. 261, para. 55.

¹³¹CR 2004/24, p.53, para. 139, emphasis original.

¹³²*Ibid.*, p. 50, para. 133.

53

Czechoslovakia “via” Germany or against Germany in lieu of Czechoslovakia’s successors. That is what Professor Dupuy, like Puss in Boots of the Brothers Grimm, of whom he is an avid reader, would have you believe. But that has no more substance than did the extensive holdings which the cunning feline ascribed to his master, the Marquis of Carabas.

11. Now, the Principality does not accuse Germany of having confiscated certain Liechtenstein assets, let alone, obviously, hold against it the unlawfulness of the Decrees underlying the expropriations. Contrary to the allegations by Professor Dupuy, who, from having read too much of the Grimms, ends up showing an imaginativeness to match that of the renowned storytellers, it is not the “international responsibility” of the Czech Republic, “as successor to Czechoslovakia, which is in question here”¹³³. And “Germany is [not] accused . . . of having wrongfully recognized foreign expropriations”¹³⁴; moreover, speaking officially through its Agent, it tells us itself, insistently, that it continues not to recognize the validity of those Decrees¹³⁵. Thus, this is not what divides the Parties.

12. As the Agent of Liechtenstein and Professor Crawford showed a moment ago, the subject-matter of the present dispute is something else entirely. It was already concisely set out in paragraph 20 of Liechtenstein’s Application and then, more precisely and in more detail, in its Memorial¹³⁶ and, once again, in its Observations of 15 November 2002, notably in paragraphs 1.7 and 1.8, 4.6 to 4.9 and 5.15 *et seq.*; but Germany persists in believing in this other subject-matter — or wanting it to be so.

13. But what is at issue is — and is solely — the decision, taken by Germany in 1995 and consistently maintained since then, to consider Liechtenstein assets as subject to the Settlement Convention of 26 May 1952, as amended in 1954:

— on 10 October 1995, the Regional Court of Cologne held:

“the respective provision of Article 3 paragraph 3 of Chapter Six Settlement Convention is applicable in this case *mutatis mutandis*, because the intended purpose of this regulation was to exclude any kind of review by German courts with respect to

¹³³*Ibid.*, p. 49, para. 131.

¹³⁴*Ibid.*, p. 54, para. 141.

¹³⁵*Ibid.*, p. 13, para. 10, p. 19, para. 37 and p. 21, para. 42.

¹³⁶Memorial of Liechtenstein, pp. 12-14, paras. 13-16.

measures taken within the scope of paragraph 1 and 2 of Article 3 Chapter Six Settlement Convention”¹³⁷;

- 54** — in turn, the Court of Appeal of Cologne, the Federal Court of Justice and then the Federal Constitutional Court endorsed that position, more or less in the same terms, by decisions rendered on 9 July 1996¹³⁸, 25 September 1997¹³⁹ and 14 January 1998, respectively; to quote just the last decision: this was, in the Court’s view, “a measure effected against *German external assets* within the meaning of Article 3 paragraph 1 of Chapter Six Settlement Convention”¹⁴⁰;
- the political authorities embraced this view, which stood in total contrast to their previous positions, both before the European Court of Human Rights and during the diplomatic negotiations held between the two States.

14. These unequivocal positions are set out in considerable detail on pages 69 to 84 of Liechtenstein’s Memorial. I shall confine myself to quoting the statement made by the Agent of Germany before the Court in Strasbourg, which appears to me to summarize the German position:

“it is at least not arbitrary and it is defensible if the German courts proceeded on the assumption that the property was seized as German property. Article 3 of Chapter Six of the Settlement Convention is interpreted too narrowly by the Applicant if he equates German external assets with the assets of German citizens.”¹⁴¹

In truth, Members of the Court, this position of *Germany* is in no way “defensible”; and one of the points of the present proceedings will be to make that determination when you are called upon to examine the merits of the case.

15. In other words, whatever may have been its previous position, since 1995 Germany has considered that the assets of the Principality and its nationals are subject to the war reparations régime and this is a violation of Liechtenstein’s sovereignty and its neutrality during the Second World War. To decide this question, as Liechtenstein is asking it to do, the Court is not required to rule upon the lawfulness of the Beneš Decrees, which has no bearing on the settlement of the present dispute: whether or not those decrees are valid, Liechtenstein assets, which Germany now

¹³⁷Memorial of Liechtenstein (hereinafter: “ML”), Ann. 28, p. A260, para. 2 (b) (aa).

¹³⁸ML, Ann. 29, see in particular p. A309, para. 2 (b) (cc).

¹³⁹ML, Ann. 30.

¹⁴⁰ML, Ann. 32, p. A356, para. 1, emphasis added.

¹⁴¹ML, Ann. 36, p. A.431, para. C (2) (a).

55 considers to be subject to the reparations régime, cannot be subject thereto and that is what Liechtenstein is asking the Court to find. The only question it is asking you, Members of the Court, is whether Germany was entitled to consider Liechtenstein property as falling under the war reparations régime. You can answer that question without considering whether the Beneš Decrees conform with international law; the latter question is neither “the very subject-matter”¹⁴² of the present dispute nor a “prerequisite”¹⁴³ to deciding it.

16. “At worst”, Mr. President — at worst for us, at best for Germany — this case could be compared with the *Corfu Channel* case, in which the Court found against Albania for its lack of vigilance in watching over the channel, even though the “primary wrongdoing” had been committed by another State, Yugoslavia, which was not a participant in the proceedings. Those two internationally wrongful acts were at once related and separate and the Court considered that it was not prevented from ruling on one — the consequent act, the “grave omissions” of Albania, which had made no attempt to “prevent the disaster”¹⁴⁴ — even though it was impossible in the absence of Yugoslavia for the Court to rule on the original wrongful act, the mining of the channel. It considered the mining to be a fact (to which the Court was not required to give a legal characterization even though there was no doubt that it was wrongful), a fact onto which another internationally wrongful act, for which it held Albania responsible, was “grafted”.

17. In its Observations, Liechtenstein cited this precedent to show that the internationally wrongful act of which it accuses Germany can be recognized as such by the Court, without the Court having to ponder violations imputable to another State¹⁴⁵. However, upon further consideration, I believe that the nexus between Czechoslovakia’s conduct and Germany’s in the present case is infinitely less clear than the connection between Yugoslavia’s responsibility and Albania’s in the *Corfu Channel* case. Unlike the situation in that case, the wrongfulness of the acts attributable to Germany is independent of the wrongfulness of the act committed by Czechoslovakia.

¹⁴²ICJ, Judgments, 15 June 1954, *Monetary Gold Removed from Rome in 1943*, *I.C.J. Reports 1954*, p. 32; 30 June 1995, *Eastern Timor*, *I.C.J. Reports 1995*, p. 102, para. 28, and p. 104, para. 34.

¹⁴³Judgment of 26 June 1992, *Certain Phosphate Lands in Nauru (Preliminary Objections)*, *I.C.J. Reports 1992*, p. 261, para. 55.

¹⁴⁴Judgment of 9 April 1949, *I.C.J. Reports 1949*, p. 23.

¹⁴⁵Observations of Liechtenstein, pp. 83-84, paras. 5.22-5.23.

56

18. This distinction is all the clearer since the war reparations régime was not the basis for the measures decided in the Czechoslovak decrees of 1945. The grounds for the former were completely different from those for the latter.

19. Whether under Decree No. 12 of 21 June 1945¹⁴⁶ or Decree No. 108 of 25 October of the same year¹⁴⁷, the property to be confiscated was determined on the basis of its owner's belonging to the German or Hungarian "people", solely on grounds of ethnicity, without regard to nationality. This was not a matter of war reparations but, under the very terms of the decrees, of the expropriation of property owned by "Germans, Hungarians and also by people who have committed treason and acted as enemies of the Czech and Slovak people"¹⁴⁸. Moreover, Czechoslovakia provided information to the Inter-Allied Reparations Agency on the German assets it had seized and that information never covered property confiscated pursuant to the Beneš Decrees¹⁴⁹.

20. In other words, Germany in no sense "endorsed" the internationally wrongful act committed in 1945 by Czechoslovakia at the conclusion of the War. It did not acknowledge and adopt it as its own within the meaning of Article 11 of the draft Articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts annexed to General Assembly resolution 56/83. It committed another, separate, wrongful act by including Liechtenstein property in the reparations régime governed by the 1952 Settlement Convention, which bears no relation to the conduct of Czechoslovakia behind which the German Party now seeks to take shelter.

21. Moreover, it is revealing that, in the course of the proceedings which gave rise to the very questionable position taken by Germany since 1995 and to this case, no German courts or tribunals made any pronouncement on the lawfulness of the Beneš Decrees. On the contrary, like the Cologne Court of Appeal, they held that they could make a ruling *without* having to examine

57

¹⁴⁶ML, Ann. 6.

¹⁴⁷ML, Ann. 7.

¹⁴⁸Decree No. 12, ML, Ann. 6; see also Ann. 7, *ibid.*, p. 9.

¹⁴⁹See the 1949 Report of the Inter-Allied Reparations Agency, cited in the commentary by Ignaz Seidl-Hohenveldern, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1953, p. 1390 (Note 10) or Helmut Slapnicka, *Die rechtlichen Grundlagen für die Behandlung der Deutschen und der Magyaren in der Tschechoslovakei 1945-1948*, Intereg, Prague, 1999, p. 19.

“the lawfulness or validity of the liquidation measure that was executed against German external assets and on which the legal action is based”¹⁵⁰. Furthermore, in their pleadings on Monday, our German friends insisted on this point:

- “the German courts . . . have never ruled on the legal status . . . of any . . . Liechtenstein asset situated in the Czech Republic or the Slovak Republic”¹⁵¹, said the Agent of Germany;
- “Not a single word is devoted in these decisions to the substantive aspects of the case”¹⁵², added Professor Tomuschat.

22. Germany acknowledges that the German courts did not deem it necessary to pronounce on the validity (or otherwise) of the Czechoslovak decrees. You, too, are not called upon to make such an assessment, Members of the Court: it will be quite sufficient for you, at the merits stage, to determine whether, in deciding that the property confiscated (whether lawfully or unlawfully is *not* the issue) came under the war reparations régime, Germany acted in accordance with international law; whether, in so doing, it did or did not violate the neutrality and sovereignty of Liechtenstein; and whether or not it unjustly enriched itself.

23. Mr. President, we are here far removed from the circumstances of the *Monetary Gold* and *East Timor* cases: in both those cases, the Court was prevented from giving a ruling because, in order to do so, it would necessarily and inevitably have been required first to make a finding on the rights of Albania over the monetary gold removed from Rome in the 1954 case, and on the lawfulness of Indonesia’s presence in East Timor in the 1995 case. Here, the lawfulness or unlawfulness of the Beneš Decrees is of little significance: in any event, the position of Germany, which treats the property at issue as war reparations (which Czechoslovakia had not done), infringes the rights of the Principality of Liechtenstein — that in any case is the decision which Liechtenstein asks you to take on the merits — and it does so advisedly, knowing perfectly well that at the merits stage it will not be able to invoke the unlawfulness of the decrees (which it takes for granted, albeit for other reasons).

58

¹⁵⁰Decision of 9 July 1996, ML Ann. 29, p. A303. See also the decision of the Regional Court of Cologne of 10 October 1995, ML, Ann. 28, p. A264, Sect. 2. (*b.bb.*).

¹⁵¹CR2004/24, p. 19, para. 37 (translation).

¹⁵²*Ibid.*, p. 37, para. 104.

24. It is moreover for that reason Mr. President, because the grounds of Germany's responsibility and of the possible responsibility of the successor States of Czechoslovakia are distinct, that we are not even in the situation that prevailed in the *Nauru* case, where the Court was not prevented from ruling on Australia's responsibility even though it was necessarily identical with that of the British Empire and New Zealand, *for the same reasons*¹⁵³. By contrast, the solution you will reach in the present case, Members of the Court, will have no effect on the question of the possible responsibility of the Slovak and Czech Republics:

- Whether or not, in your forthcoming judgment on the merits, you recognize Germany's responsibility for having included the Liechtenstein property in the war reparations régime, this will have no implications for the responsibility (or absence thereof) of those two States for the confiscation effected under the Beneš Decrees: whether or not Germany is right to consider that the property in question comes under the war reparations régime, the question of the validity of the confiscations effected under the decrees remains unresolved (whereas in the *Nauru* case, the question of the responsibility of the United Kingdom and New Zealand would have been decided, in fact if not in law, by any judgment you had rendered on the merits — the same causes producing the same effects — and this point was not missed by the three interested States, which decided jointly to compensate *Nauru* for some of the injuries it alleged);
- On the other hand, you are fully entitled to rule on the responsibility of Germany without having to assess that of Czechoslovakia: whether or not the confiscations carried out by the latter were lawful, Germany could not, in any case, consider them to be an element of the reparations régime.

59

**B. Czechoslovakia's rights to reparation are likewise not
"the very subject-matter of the dispute"**

25. In addition, and this will be my second point, the lawfulness (or unlawfulness) of the confiscations decided by Czechoslovakia in 1945 similarly makes no difference to the reply to the question as to whether, as Liechtenstein contends, Germany was unjustly enriched or not.

¹⁵³Cf. the Judgment of 26 June 1992, *I.C.J. Reports 1992*, pp. 261-262, para. 55.

Since 1945, this property has been under the *de facto* control of Czechoslovakia; this is a fact and a fact which continued to have no effect on “Germany’s wealth” as long as that country had not decided to make it an element of reparations.

26. In itself, the confiscation of the Liechtenstein property by Czechoslovakia bore no relation to the reparations and was never taken into account in that connection either by Germany, up until the present dispute arose, or by the Allies, or by Czechoslovakia itself. As I mentioned a few moments ago, the Beneš Decrees were not adopted with a view to war reparations but, as is indicated by the very title of Decree No. 12, with a view to providing for the “accelerated allocation of agricultural property owned by Germans, Hungarians and also by people who have committed treason and acted as enemies of the Czech and Slovak people”¹⁵⁴. It is the decision by Germany to consider that the Liechtenstein property confiscated under the Beneš Decrees forms part of the war reparations régime which constitutes the unjust enrichment that the Principality has good reason to complain of.

27. In rebuttal, the respondent State puts forward a curious argument: the Court, Germany writes in its Preliminary Objections, “could not decide on any compensation due for unlawful seizure of Liechtenstein property by Czechoslovakia without first determining the legal relationships between Germany and a third sovereign State, namely the Czech Republic”¹⁵⁵. This gives pause for thought, Mr. President. The German argument (the *new* German argument) rests on the idea that the property which is the subject of this dispute falls within the scope of the reparations régime. It is not the Czech Republic which says so, it is obviously not Liechtenstein which says so — it is Germany; and it is this *German* position which forms the basis of the entire dispute, as was moreover recognized by Professor Frowein the day before yesterday: “the present dispute”, he said, “came into being because the German courts found [in 1995 and the next years — this I add] that they were prevented by the Settlement Convention from looking into the confiscation of the painting”¹⁵⁶ — this, I would point out, without needing to rule on the validity of the 1945 decrees.

60

¹⁵⁴ML, Ann. 6, p. A.9.

¹⁵⁵Preliminary Objections of the Federal Republic of Germany, p. 107, para. 174.

¹⁵⁶CR 2004/24, pp. 25-26, para. 62.

28. And yet it is that same State which asserts that you could not give a ruling because, in order to do so, you would have to determine that the reparations are actually due. In reality, Members of the Court, you have no such decision to make. Instead, it is quite sufficient for you to observe that Germany itself takes for granted the fact that it is bound to make reparations to the successors of Czechoslovakia, if only, and specifically, in the decisions taken by its national courts between 1995 and 1998. By including the Liechtenstein assets in those reparations, it proportionally reduces the burden of the debt for which it is liable in this regard.

29. I would add that if Germany was mistaken; if, contrary to what it says and what is implied by the conduct of its organs, it owed no reparations to Czechoslovakia, the position it has taken with regard to the assets in question would obviously be no less unlawful: it would have then included them in an imaginary debt, a “puss in boots” debt, so that instead of having to restore them to the successors of Czechoslovakia, it would have appropriated them, so to speak. In any event, the position taken by its judicial and political organs would be seriously tainted with unlawfulness since it is based on the (false) premise that the reparations in question are war reparations which a neutral State could have made in its place.

30. Furthermore, as was argued by one of Germany’s eminent counsel — and all are eminent — in the case concerning the *Legality of Use of Force*, there is no parallel between the rights and the obligations of a subject of law; a State may always waive its *rights*, but its obligations are an objective burden upon it. I quote that eminent counsel:

“It is trivial to note . . . that a State has a power of disposition over its rights, but not over its obligations. In the case of a multilateral treaty which generates rights and obligations in the relations between the different parties, transactions being effected between two parties do not entail legal effects for third parties.”¹⁵⁷

61 There is no reason why that which is valid for the obligations assumed by Serbia and Montenegro under the Genocide Convention should not likewise be valid for those imposed on Germany under the 1952 Convention, as amended in 1954.

¹⁵⁷(*Serbia and Montenegro v. Germany*), 20 April 2004, CR 2004/11, p. 20, para 39; see also p. 19, para. 36 (Tomuschat).

31. In other words, Mr. President, if the Court really saw fit to determine whether or not Germany has a duty of reparation towards the Czech and Slovak Republics (which is not necessary for the reasons I have given), it would address the *obligations* of Germany — which, according to Germany itself, should and can be determined objectively — but would certainly not look into the obligations of those two States, whose possible rights would, on the contrary, be fully preserved.

32. Moreover, the question of Germany's unjust enrichment — a substantive issue — is totally independent from the question of whether the confiscations implemented by Czechoslovakia in 1949 were lawful or not. The source of Germany's enrichment is not that confiscation, but rather the decision by Germany — and by Germany alone — to include the property in question within the reparations régime.

C. The Court can and should adjudicate on the case, even if rights of Czechoslovakia's successor States were to be “affected”

33. Mr. President, the rights of a State absent from the present proceedings do not constitute the subject-matter of those proceedings, and there can be no doubt that the Court is entitled to entertain Liechtenstein's Application without impugning the rights of Czechoslovakia's successor States and without having to address any possible responsibility those States may have towards Liechtenstein. In these circumstances, since there is no disagreement between the Parties as to the existence of the Court's basis of jurisdiction — that is to say, Article 1 of the Strasbourg Convention for the Peaceful Settlement of Disputes — this Court can and should adjudicate on the dispute brought before it by the Principality.

34. It would make no difference if the interests of certain third States might possibly be “affected”. This is quite clear from the Court's jurisprudence, and more precisely from the *Monetary Gold* precedent, which establishes that you are not entitled to entertain an application if the rights of a non-party State constitute the very subject-matter of the dispute, but also, conversely, that you are not precluded from adjudicating if the rights and interests of a third State may merely be affected.

62

35. Liechtenstein has addressed that second aspect in some detail in paragraphs 5.5 and 5.6 of its Observations. I would respectfully ask you, Members of the Court, to refer to those passages. But I do feel it necessary to add two comments.

36. First, as the Principality has also shown in those same Observations¹⁵⁸, that principle should particularly be applied in the present case, since Article 32, paragraph 1, of the 1957 Strasbourg Convention provides: “this Convention shall remain applicable as between the parties thereto, even though a third State, whether a party to the Convention or not, has an interest in the dispute”.

37. That provision, adopted very soon after the *Monetary Gold* Judgment (and thus with full knowledge of the implications) directly reproduces Article 35 of the Geneva General Act of Arbitration of 1928. There is no mystery here: the parties to the 1957 Convention sought to overcome the type of objection that Germany is now raising. No dispute is completely “watertight”; in one way or another, third States, whether or not they are parties to the Convention, have often had an interest in the settlement of a dispute. Those parties nevertheless agreed that this would not constitute an impediment to the submission of such disputes to the International Court of Justice. And I fail to see how this would constitute “*Rechtsbeugung*” as Professor Dupuy would have us believe¹⁵⁹.

38. Of course, in doing so, the parties to the European Convention did not seek to derogate from the Statute of the Court and could not have done so. Nor is that the case here; that provision simply reflects the aspect of the *Monetary Gold* jurisprudence that Germany wishes to forget: the Court is not precluded from adjudicating on a dispute in which a third party may have an “interest”. Moreover, the drafters of the Convention, by expressly providing for a possibility of intervention by third States which consider that their “legitimate interests are at stake” — a provision contained in Article 33 and not in Article 32 as Mr. Dupuy would have us believe¹⁶⁰, which shows that these are two separate issues), hence in the *following article* — showed that they perfectly adhered to the principles which govern the Court’s jurisdiction: the right of intervention under Articles 62 and 63 of the Statute is precisely intended to allow any States that may be interested in the settlement of a case brought before the Court, but whose rights do not constitute the actual subject-matter of the dispute, to submit their views.

¹⁵⁸OL, pp. 77-78, paras. 5.7 to 5.10.

¹⁵⁹CR 2004/24, p. 56, para. 145.

¹⁶⁰*Ibid.*

39. Moreover, and this will be my second and final observation, Mr. President, one must not exaggerate the significance of the interests that the Slovak and Czech Republics could be led to assert in the present case.

40. As I have already shown — and I will not dwell on this again — neither those States' rights nor their obligations in any way constitute the very subject-matter of the dispute referred to the Court by Liechtenstein. Furthermore, those two States ultimately have but a very limited interest in the settlement of the dispute:

— the legality of the Beneš Decrees is not in issue;

— any obligations of reparation that Germany may have towards them are not in issue either, since the only issue is the position that Germany took with respect, not to the principle of reparation but to the inclusion of the Liechtenstein property in the reparations régime under the Paris Convention of 1952, as amended in 1954. That is to say, to be precise, their *partial* inclusion, because Germany does not regard the property in question as falling under the reparations mechanism except to the extent that it allows Germany to “benefit” from the fact that its courts are barred by Article 3 (3) of Chapter 6 of the Paris Convention from adjudicating on questions of reparation. However, Germany has been careful not to “revive”, for the benefit of Liechtenstein and the despoiled Liechtenstein nationals, the obligation of compensation laid down by Article 5 of that instrument, which was repealed in 1990 on the pretext that all resultant compensation had been paid¹⁶¹. Although I hear no untimely wake-up call, I fear I may have found my “Sleeping Beauty” — though even the Prince's kisses have failed to revive her. That Sleeping Beauty is the obligation to make reparation. It will thus be for you, Members of the Court, to restore her to life in the appropriate form, when you come to render your judgment on the merits.

¹⁶¹See Exchange of Notes of 28 Sept. 1990, United Nations, *Treaty Series*, No. 28492.

41. In conclusion, Mr. President, it is a perfectly genuine bilateral dispute that Liechtenstein has submitted to the Court:

- 64** — This dispute concerns the decision by *Germany* — and Germany alone — to include “certain property” within the reparations regime, but without envisaging any compensation for the Liechtenstein nationals concerned;
- At the same time serious problems of principle are raised concerning the sovereignty of Liechtenstein and its neutral status during the war, which have been called into question by the position adopted by *Germany* — and Germany alone — since 1995;
- In order to settle these questions, there is absolutely no need for you to adjudicate, Members of the Court, on the validity of the Czechoslovak decrees of 1945, whose lawfulness is of no concern here; and,
- Accordingly, the rights of Czechoslovakia’s successor States in no way constitute the “very subject-matter” of the dispute brought before you by Liechtenstein.

42. Mr. President, my oral statement thus concludes the first round of argument for the Principality of Liechtenstein. It simply remains for me, Members of the Court, to thank you very much, on behalf of all our team, for the attention that you have kindly given to our statements.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, Monsieur Pellet. Votre intervention termine le premier tour de plaidoiries de la Principauté de Liechtenstein. Je tiens à remercier chacune des Parties pour les exposés présentés au cours de ce premier tour de plaidoiries.

La Cour se réunira de nouveau demain de 10 heures à 11 h 30 pour entendre le second tour de plaidoiries de la République fédérale d’Allemagne. L’Allemagne présentera ses conclusions finales demain matin à la fin de l’audience. Je rappelle que le Liechtenstein s’exprimera le vendredi 18 juin, de 10 heures à 11 h 30, pour son second tour de plaidoiries, et présentera ses conclusions finales à la fin de l’audience.

Chaque Partie disposera donc d’un temps de parole d’une heure et demie. Je rappelle cependant aux deux Parties que, conformément au paragraphe 1 de l’article 60 du Règlement de la Cour, les exposés oraux doivent être aussi succincts que possible. J’ajouterai que l’objet du second tour de plaidoiries est de permettre à chacune des Parties de répondre aux arguments présentés

65 oralement par la partie adverse. Le second tour ne doit donc pas constituer une répétition de l'argumentation antérieure. Par conséquent, il va sans dire que les Parties ne sont pas tenues de faire usage de la totalité du temps qui leur est alloué.

Je vous remercie. L'audience est levée.

L'audience est levée à 13 heures.
