

6.

RÉPONSE DU GOUVERNEMENT ALLEMAND
 A L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE DU GOUVERNEMENT
 POLONAIS

DANS L'AFFAIRE CONCERNANT L'USINE DE CHORZÓW (INDEMNITÉS)
 (31 MAI 1927).

1.

1. Pour motiver son exception d'incompétence, le Gouvernement polonais estime en premier lieu que la requête du Gouvernement allemand relative aux réparations dues par le Gouvernement polonais du chef de l'expropriation, contraire à la Convention de Genève, de l'entreprise de Chorzów, ne saurait être basée sur l'article 23, alinéa premier, de ladite Convention, étant donné que les divergences d'opinion entre les deux Gouvernements à ce sujet ne concerneraient pas « l'interprétation et l'application » des articles 6 et suivants. Le Gouvernement polonais est d'avis qu'en insérant la clause compromissoire dans le titre III de la première Partie de la Convention de Genève, les Parties contractantes n'auraient pas envisagé de soumettre à la juridiction de la Cour « tous les problèmes nés du litige ».

Cette interprétation de l'article 23 ne paraît pas exacte. Les divergences d'opinion qui ont donné lieu à la requête allemande concernent les conséquences qui *résultent de la mauvaise application* qu'a fait le Gouvernement polonais des articles 6 et suivants. Cette mauvaise application étant constatée par la Cour, il incombe au Gouvernement polonais de réparer le tort qu'il a fait, c'est-à-dire de créer une situation qui, dans les conditions données, correspondrait autant que faire se peut à une *bonne application* du titre, à laquelle il était obligé. Les principes qui, d'après le Mémoire allemand, doivent être appliqués à cette réparation sont ceux qui se trouvent à la base du régime de liquidation tel qu'il est réglé par les articles 6 à 22 : cf. Mémoire, II, ch. 3, p. 14¹ ; V, ch. 2, pp. 21-22².

Le titre III garantit le respect des droits acquis, notamment de la propriété privée, sauf les cas où il autorise, par dérogation au droit international commun, une expropriation exorbitante de ce droit. La question posée dans la requête allemande est de savoir de quelle manière ce principe du respect de la propriété privée, imposé au Gouvernement polonais par le titre, doit être « appliqué » à la

¹ Page 126 du présent volume.

² " " 137 " " " " .

situation créée par le Gouvernement polonais. Et, les deux Gouvernements n'étant pas tombés d'accord sur ces points, il s'agit donc bien de divergences d'opinion entre eux sur « l'application » de la Convention. La Cour a constaté une mauvaise *application* par le Gouvernement polonais : les divergences d'opinion dont il s'agit *résultent* donc de l'application du titre.

On voit que les termes de la clause compromissoire, interprétés même au pied de la lettre, couvrent la juridiction de la Cour pour la requête allemande.

2. Des considérations de principe appuient cette interprétation.

Dans le domaine du droit international, les sujets de cet ordre en sont en même temps les législateurs ; le droit écrit n'est pas créé par des lois promulguées par un pouvoir supérieur, mais par des traités et conventions dont les Parties contractantes sont en même temps les personnes créatrices de ce règlement et soumises à ce règlement. Ainsi, l'action contractuelle et l'action délictuelle se confondent en droit international pour autant que la matière dont il s'agit a été réglée par la voie de traités et conventions. L'action réparatrice pour rupture d'une obligation résultant d'un traité est donc, si l'on veut lui appliquer les notions du droit civil, en même temps contractuelle et délictuelle ; considérée du point de vue international, elle est certainement une action conventionnelle, *une action résultant du traité*. Lorsque les traités internationaux ne mentionnent pas explicitement les conséquences réparatrices résultant des infractions à leurs stipulations, c'est parce que, d'une part, ces conséquences s'entendent d'elles-mêmes, et que, d'autre part, elles doivent être déterminées suivant la nature particulière des obligations en cause. Ces conséquences sont implicitement incluses dans les stipulations conventionnelles, comme, du reste, nombre de principes généraux du droit qu'il faut considérer comme clauses tacites de *tous* traités et conventions internationaux : l'exécution de bonne foi, la subordination des stipulations spéciales et expresses aux principes généraux dominant la matière réglée, l'impossibilité de l'accomplissement, la clause *rebus sic stantibus*, etc.

L'inclusion de ces principes généraux, et notamment de droit international, dans un traité et, partant, dans une clause compromissoire qui soumet l'interprétation et l'application de ce traité à une juridiction internationale, est à la base de l'Arrêt n° 7 de la Cour ; pour l'inclusion de la clause tacite *rebus sic stantibus* dans ladite clause compromissoire, cf. par exemple Anzilotti, *Corso*, vol. I, 1924, p. 267. Il n'y a aucune raison pour traiter autrement les questions de réparations qui résultent d'une application erronée d'un traité.

3. Outre le motif susdit qu'on ne formule pas expressément les clauses évidentes et communes à tous les traités, il y a un motif particulier pour ne pas mentionner expressément dans les traités les conséquences de leur mauvaise application ou exécution. Les

Parties contractantes partent tout naturellement du point de vue, commandé aussi par la *comitas gentium*, qu'il suffit de statuer d'un commun accord les règles de conduite pour l'avenir, et qu'on ne prévoit pas explicitement, dès le début, qu'une infraction à ces règles puisse survenir. Les termes « application » ou « exécution », employés dans une clause compromissoire, paraissent même être précisément choisis pour comprendre dans une formule neutre tous les litiges qui résulteraient d'une mauvaise application du traité.

II.

4. Le Gouvernement polonais croit pouvoir corroborer sa thèse par l'historique de la clause « interprétation et application », dont il croit avoir trouvé l'origine dans la première Conférence de la Paix de 1899, et notamment dans le projet du Gouvernement russe sur l'arbitrage obligatoire.

Cette thèse porte à faux. Le projet Martens cherchait à trouver des formules pour l'arbitrage obligatoire mondial ; et il était tout naturel qu'il s'efforçât de réunir dans ces formules, d'une part, les clauses compromissoires spéciales usitées et en application pratique par un plus grand nombre d'États, et, d'autre part, les cas dans lesquels les États s'étaient plus ou moins accoutumés à soumettre facultativement leurs litiges à l'arbitrage. La Note explicative fait clairement ressortir cette idée dominante. C'est donc dans les discussions sur la clause compromissoire spéciale qu'il faut rechercher l'origine des termes « interprétation et application » ; du reste, une méthode qui s'impose déjà du fait que l'article 23, alinéa premier, de la Convention de Genève est une telle clause compromissoire spéciale.

5. Il semble que les termes en question se trouvent pour la première fois dans le célèbre discours prononcé le 24 novembre 1874 par M. Mancini à la Chambre italienne, et dans la résolution adoptée à la suite de ce discours par ladite Chambre. Elle y exprime le vœu que le Gouvernement du Roi, dans ses relations étrangères, s'efforce de rendre l'arbitrage un moyen accepté et fréquent de résoudre, selon la justice, les controverses internationales dans les matières susceptibles d'arbitrage ; qu'il propose, lorsque l'occasion s'en présentera, d'introduire dans les traités une *clause portant que les difficultés sur l'interprétation et l'exécution de ceux-ci seront déferées à des arbitres* (cf. *Revue de Droit international*, 1874, p. 172). On sait que cette résolution est devenue le point de départ pour le développement ultérieur, tant pratique que théorique, de l'arbitrage obligatoire.

Entre 1879 et la première Conférence de la Paix, l'Italie a inséré la clause compromissoire dans au moins dix-sept traités d'extradition, consulaires, de commerce et de navigation, etc. (calculé

d'après l'ouvrage de M. Lange sur l'arbitrage obligatoire en 1913). L'on connaît également la lettre que M. Mancini, empêché par les devoirs de sa position officielle de prendre part à la réunion de l'Institut de Droit international, a écrit le 4 septembre 1877 au président de cet Institut : « J'espère — dit-il dans cette lettre — que, dans le plus grand nombre des traités de commerce et de navigation qui forment en ce moment l'objet des négociations entre l'Italie et les gouvernements étrangers, il sera possible d'introduire une *clause compromissoire*, par laquelle les Hautes Parties contractantes s'engageront réciproquement à soumettre au moyen paisible de l'arbitrage la solution des controverses qui pourraient s'élever sur l'interprétation et l'application de ces traités. » (cf. *Annuaire de l'Institut*, 2^{me} année, pp. 15-16).

Le rapport sur la réunion de l'Institut (cf. *Annuaire*, p. 147) ainsi que la résolution adoptée par lui le 12 septembre 1877 (cf. *Annuaire*, p. 160) reproduisent ces mêmes termes destinés à formuler et à déterminer le sens et le contenu de la clause compromissoire spéciale recommandée par l'Institut.

Il ne saurait être douteux que cette rédaction de la clause compromissoire devait comprendre toutes les questions de droit qui dépendent du traité, y compris celles relatives aux conséquences réparatrices auxquelles une mauvaise application du traité pourrait donner lieu. En effet, la rédaction de la clause compromissoire, choisie en général dans la pratique des traités et conventions italiens mentionnés dans la lettre de Mancini, et dans lesquels elle fut insérée à la suite de ces résolutions de la Chambre et de l'Institut, porte : *interprétation ou exécution, ou conséquences d'une violation*. C'est manifestement de cette façon qu'on a cru devoir développer pour la pratique le contenu de la formule abrégée « interprétation et application », avant que cette dernière fût devenue usitée. Il est impossible d'admettre, comme cela résulterait de la thèse polonaise, que le Gouvernement de l'Italie aurait, lors de la mise en pratique du vœu théorique de la Chambre, dépassé le cadre tracé par celle-ci et par la lettre précitée de son ministre à un institut scientifique.

6. Jusqu'à l'exception préliminaire soulevée par le Gouvernement polonais, personne n'a jamais douté que la rédaction de la clause compromissoire dans les traités italiens ne fasse que reproduire et développer le sens visé par les termes « interprétation et application (exécution) ». Cf. par exemple Ed. Langlade, *De la Clause compromissoire*, pp. 83 et suiv. (« Cette clause, recommandée par M. Mancini en 1873, figure dans un grand nombre de traités conclus entre l'Italie et . . . Elle est formulée comme il suit . . . »). Aussi M. Lange, dans son ouvrage prérappelé et qui est rédigé en langue française, reproduit-il la rédaction anglaise de la clause compromissoire (*the interpretation or the execution or the consequences of any violation*) par les termes « interprétation et application » : cf. par exemple le Traité de commerce et de navigation entre l'Italie et la

Grande-Bretagne (1883), le Traité d'amitié, de commerce et de navigation entre la Grande-Bretagne et l'Uruguay (1885), les Traités de commerce et de navigation entre la Grande-Bretagne et la Grèce (1886), entre la Grande-Bretagne et le Mexique (1888), entre l'Italie et l'Espagne (1888).

La clause obligeant les Parties contractantes à soumettre à l'arbitrage les contestations sur l'interprétation et l'application d'un traité a toujours été entendue en ce sens qu'elle comprend toutes les « difficultés que pourra soulever ce traité » : cf. Mérignhac, *Traité théorique et pratique de l'arbitrage international*, paragraphe 198, p. 202 ; de même, Anzilotti, dans le troisième livre de son *Corso*, 1915, définit la clause compromissoire comme un traité, en vertu duquel les États s'obligent de résoudre par l'arbitrage *le controversie relative all'interpretazione ed esecuzione del trattato a cui è connessa*, pour dire à la suite que la clause compromissoire se réfère *in genere alle controversie nascenti dal trattato in cui è stipulata* (pp. 56-57).

7. Il semble que, dans la pratique, la terminologie « interprétation et application » se trouve pour la première fois dans le Traité conclu le 23 juin 1887 entre l'Espagne et la Suède et la Norvège (cf. Mérignhac, pp. 204-205 ; Lange, p. 124) ; on peut la constater certainement dans deux Traités de commerce conclus par la Suisse, en 1892 avec l'Italie et en 1893 avec la Roumanie. Plus on s'approche de la première Conférence de la Paix, plus cette terminologie devient générale. Cf. les Traités de commerce et de navigation conclus en 1895 par la Belgique avec la Grèce, la Suède, le Norvège, le Danemark (« interprétation ou exécution ») ; le Traité de commerce entre la Norvège et le Portugal en 1895 (« interprétation ou application ») ; entre les Pays-Bas et le Mexique en 1897 (« interprétation, application et exécution du Traité ») ; entre les Pays-Bas et la Roumanie en 1899 (même formule) ; entre le Mexique et le Nicaragua en 1900 (« interprétation, application ou exécution du Traité ») ; le Traité concernant les relations télégraphiques de leurs colonies, conclu entre l'Allemagne et les Pays-Bas en 1901 (« interprétation ou mode d'exécution du Traité »). L'ancienne formule « interprétation, exécution ou conséquences d'une violation », ne se rencontre qu'une seule fois : dans le Traité d'amitié, de commerce et de navigation entre l'Italie et Cuba (1903).

Dès 1904, la clause compromissoire porte sans aucune exception « interprétation et application (exécution) » ; dans la liste chronologique de M. Lange, on compte depuis 1903 jusqu'à 1909 plus de vingt traités contenant cette clause. Notons que l'Italie, qui avait employé encore en 1903 son ancienne rédaction, figure aussi dans cette liste. Qui pourrait croire qu'en adoptant dans la pratique la clause « interprétation et application », qui se trouve au commencement de l'évolution de la clause compromissoire, l'Italie aurait voulu réaliser un pas en arrière, et que les autres nations, en acceptant, immédiatement avant et surtout après la Conférence de la

Paix, la formule primitive de Mancini et de l'Institut, auraient été soucieuses de restreindre le champ d'application de l'arbitrage obligatoire, et ce notamment pour les questions de dommages pécuniaires, la plus propre sphère de son application ?

8. Il résulte de ce qui précède qu'en se servant dans son projet des termes « interprétation et application », M. de Martens employa une formule acquise et qui comprenait toutes les difficultés que pourrait soulever un traité, tous différends qui naissent d'un traité : son interprétation, son exécution et les conséquences de sa violation.

La justesse de cette thèse résulte d'ailleurs de la Note explicative russe elle-même. La clause compromissoire de la Convention postale universelle, la première qu'on trouve dans une convention universelle, y est reproduite par les termes « interprétation et application », alors qu'on sait que ladite clause énumère l'*interprétation* de la Convention et la *responsabilité* des administrations postales. Les questions de responsabilité internationale sont donc précisément celles qui, au sens du projet russe, devaient être comprises dans le terme « application ».

En parcourant la *Collection des Textes gouvernant la compétence de la Cour* (cf. Publications, Série D), on ne rencontrera presque aucune clause compromissoire qui mentionne expressément les conséquences d'une violation de stipulations conventionnelles. Si la thèse polonaise était exacte, la juridiction de la Cour serait précisément écartée du champ d'application dans lequel l'arbitrage international a toujours eu son principal domaine. Dans l'affaire des concessions Mavrommatis en Palestine, la requête était basée sur l'article 26 du Mandat. En examinant sa compétence, la Cour dit : « La Cour doit maintenant considérer la condition que l'article 26 du Mandat met à sa juridiction en exigeant que le différend soit relatif à l'interprétation ou à l'application des dispositions du Mandat. Le différend peut être quelconque ; les termes de l'article, à cet égard, sont aussi compréhensifs que possible (tout différend, quel qu'il soit — *any dispute whatever*) ; mais, dans tous les cas, il doit être relatif à l'interprétation ou à l'application des dispositions du Mandat » (Arrêt n° 2, pp. 15-16). Bien que rien dans la clause compromissoire n'indique les indemnités à payer en cas d'infraction auxdites dispositions, ni la Partie défenderesse ni la Cour n'ont douté un moment que cette clause comprenne la demande réparatrice du Gouvernement hellénique. Dans la clause compromissoire de l'article 23, alinéa premier, de la Convention de Genève, les termes sont également « aussi compréhensifs que possible » ; les mots « tout différend, quel qu'il soit », dans le Mandat, n'ajoutent rien de nouveau ; s'ils ne se trouvent pas expressément dans l'article 23, cela signifie également qu'aucune restriction n'est imposée à la juridiction de la Cour.

9. Le fait que, dans le projet Martens, l'arbitrage obligatoire est prévu, outre pour les différends relatifs à l'interprétation et l'application de certaines catégories de traités limitativement énumérées, pour les contestations se rapportant à des dommages pécuniaires, n'a pas la signification et l'importance que le Contre-Mémoire polonais lui attribue. Les contestations relatives aux dommages pécuniaires y visées sont notamment celles qui résultent d'infractions aux obligations internationales qui n'ont pas leur base dans des traités ou conventions. Les exemples de la Note explicative russe le montrent. Puis, il ne faut pas perdre de vue que ce ne sont que des catégories déterminées de traités dont l'interprétation et l'application doivent, en cas de litige, être soumises à des arbitres, de sorte que la clause relative aux indemnités comprend également les questions de réparation résultant des autres catégories de traités.

Il va sans dire qu'une énumération telle que celle dont il s'agit ici ne doit pas être entendue en ce sens que les différentes catégories s'excluent l'une l'autre et que tout objet doit tomber sous le coup exclusif soit de l'une soit de l'autre. Au contraire, il peut bien arriver que plusieurs catégories s'appliquent au même cas concret : dans une telle énumération, il n'importe que de mentionner les différents points de vue qui doivent être décisifs pour la soumission à l'arbitrage obligatoire ; et il est naturellement bien possible que la même question présente plusieurs aspects qui entrent en cause pour son arbitrabilité obligatoire.

L'énumération de l'article 13 du Pacte est par exemple de cette nature : la seule littéra b), « tout point de droit international », est si compréhensive qu'elle rend en quelque sorte inutiles toutes les autres. En dépit de ce fait, le Comité consultatif de juristes, réuni à La Haye du 16 juin au 24 juillet 1920, a, après une discussion détaillée du problème qui fit ressortir tous ces points de vue (cf. la Publication des Procès-verbaux, pp. 283 et suiv.), fini par incorporer cette rédaction dans le Statut de la Cour (article 36). D'ailleurs, cette discussion n'est pas sans intérêt pour la présente question, étant donné que la distinction entre les litiges résultant du droit conventionnel et ceux résultant du droit international général y a joué un certain rôle.

Enfin, une telle énumération des différents points de vue décisifs et dont les champs d'application s'entrecroisent présente même certains avantages en vue des réserves auxquelles l'obligation de recourir à l'arbitrage peut être soumise. Elle ouvre la possibilité aux États de faire leurs réserves uniquement pour l'une ou l'autre des catégories et d'accepter les autres sans réserves. Ainsi, par exemple, le Traité d'arbitrage hispano-danois du 1^{er} décembre 1905 (que le Contre-Mémoire mentionne à la page 6, alinéa 5) stipule l'obligation sans réserves pour les questions pécuniaires, et, sous réserve des intérêts vitaux et de l'indépendance, pour les questions relatives à l'application et à l'inter-

prétation de traités. Il en est de même, par exemple, pour les traités d'arbitrage que la Belgique a conclus avec le Danemark, la Norvège et la Suède. Le Traité d'arbitrage entre l'Italie et le Brésil prévoit l'obligation pour les questions d'interprétation et d'application sans réserves, alors qu'il la soumet à des réserves s'il s'agit de « toute autre question de droit ».

Enfin, une énumération de ce genre a l'avantage général qu'en cas d'interprétation douteuse concernant l'une des catégories mentionnées, l'application d'une autre peut être certaine. Le droit fiscal par exemple (soumission à un impôt déterminé ou libération d'un impôt) contient très souvent des énumérations de ce genre.

III.

10. Les exemples que le Contre-Mémoire cite des conventions conclues par la Pologne pour corroborer sa thèse sont loin de l'appuyer.

La Convention de Paris, conclue entre l'Allemagne, la Ville libre de Dantzig et la Pologne le 21 avril 1921, concernant la liberté du transit par le « corridor », contient dans son article 11 une clause compromissaire ainsi conçue :

« Chaque Haute Partie contractante aura le droit de remettre les différends pouvant survenir *soit dans l'interprétation, soit dans l'application de la présente Convention*, à la décision d'un Tribunal arbitral permanent, siégeant à Dantzig, et qui sera constitué dans un délai de trois mois qui suivra la mise en vigueur de la présente Convention.

« Le Tribunal statuera sur les litiges en se basant sur les stipulations de la présente Convention, sur les principes généraux du droit, ainsi que sur l'équité.

« Il aura compétence pour se prononcer, s'il y a lieu, sur les réparations à donner à la Partie lésée par la Partie qui aura été reconnue responsable d'une infraction aux dispositions de la présente Convention. »

Le Gouvernement polonais prétend que l'alinéa 3 donne au Tribunal arbitral « une nouvelle compétence, totalement différente de celle dont il a été question dans l'alinéa premier » (p. 6¹). Mais, si l'on lit l'article dans sa construction logique, on voit que l'alinéa premier contient la clause compromissaire tout entière et que l'alinéa 3 n'y est ajouté que pour écarter un doute éventuel. L'alinéa 2 indique les règles de droit à appliquer par le Tribunal ; et il va sans dire que ce sont ces mêmes règles qui doivent s'appliquer à l'alinéa 3. Pour exprimer l'idée polonaise, les alinéas 2 et 3 auraient dû être changés, et l'alinéa 3 aurait dû porter : « il

¹ Page 152 du présent volume.

aura également compétence . . . ». La rédaction choisie fait ressortir que l'adjonction de l'alinéa 3 est, en soi, superflue et qu'elle ne sert qu'à un éclaircissement qui a peut-être semblé utile en raison de doutes énoncés par le délégué polonais.

11. De même, l'argumentation polonaise concernant les différentes clauses compromissaires de la Convention de Genève (cf. pp. 4-5 du Contre-Mémoire¹) n'est pas exacte.

On sait que, en règle générale, les deux instances internationales prescrites par la Décision de la Conférence des Ambassadeurs, la Commission mixte et le Tribunal arbitral, se distinguent par le fait que la première est compétente pour les différends entre les deux Gouvernements, et la deuxième pour les différends « d'ordre privé ». C'est cette différence qui est à la base de la distinction, et non pas celle, indiquée au Contre-Mémoire, qui distingue entre les contestations d'interprétation et d'application et celles touchant les dommages matériels. En effet, tous les articles cités dans le Contre-Mémoire pour la Commission mixte ont trait à des contestations gouvernementales, alors que ceux cités pour le Tribunal arbitral concernent des plaintes émanant de particuliers : article 5 (« indemnités pour la suppression ou la diminution de droits acquis . . . sur plainte de l'ayant droit »), et article 313 (« au sujet des droits des banques »).

La citation dans cet ordre d'idées de l'article 556 repose manifestement sur une erreur : il n'établit pas la compétence du Tribunal arbitral, mais celle de la Commission mixte, et cela même pour les droits revenant aux fonctionnaires employés au service temporaire des chemins de fer polonais, pour lesquels un accès des individus au Tribunal arbitral aurait pu se présenter comme utile. Mais, puisque que les conflits y relatifs doivent être tranchés sur demande du Gouvernement allemand, l'article 556 prévoit la décision de la Commission mixte.

Du reste, il est clair qu'en stipulant la juridiction du Tribunal arbitral pour les demandes en indemnités sur plainte du particulier lésé seulement aux articles 5 et 313, la Convention n'en a pas voulu exclure la demande de réparation dans les cas où elle déclare compétente la Commission mixte pour les différends gouvernementaux relatifs à l'interprétation et l'application de certaines dispositions. Au contraire, il est évident que cette clause compromissaire comprend les demandes de réparations à soulever par le gouvernement qui invoque une infraction aux dispositions en question.

12. L'article 62, également cité dans le Contre-Mémoire, prouve à l'évidence que la clause « interprétation et exécution » comprend, aussi d'après les idées des Parties contractantes de la Convention, les demandes en dommages-intérêts basées sur la violation des

¹ Pages 150-152 du présent volume.

dispositions y indiquées. Les articles 55 et 58 prévoient que la solution des litiges relatifs à l'interprétation ou à l'exécution des dispositions concernant la deuxième Partie (*Nationalité et Domicile*) est confiée au Tribunal arbitral au cas où la Commission de conciliation en matière de nationalité n'aurait pas abouti à les régler. L'article 62 devait, par une disposition expresse, exclure de la compétence du Tribunal arbitral les demandes en indemnités pour cause de violation de la Partie II précisément parce que, en soi, elles auraient dû être soumises à cette juridiction en vertu de l'article 58.

IV.

13. L'exception d'incompétence de la Cour que le Contre-Mémoire tire de l'article 21, alinéa 2, et de l'article 5 (cf. chiffre V, pp. 7 et suiv.¹) paraît suffisamment réfutée par les Arrêts nos 6 et 7 de la Cour dans la même affaire (cf. Arrêt n° 6, pp. 20-21 ; Arrêt n° 7, pp. 33-34) et par ce qui vient d'être dit ci-dessus sur la différence qui existe entre la Commission mixte et le Tribunal arbitral.

V.

14. Au chiffre VI (pp. 9-10²), le Contre-Mémoire soulève une exception spéciale d'incompétence à l'égard de la conclusion 4 d) du Mémoire allemand, qui a trait au problème de compensation.

Les faits qui se réfèrent à la sentence du Tribunal arbitral d'interprétation du plan Dawes, mentionnés au Mémoire allemand et de nouveau relatés au Contre-Mémoire polonais, ainsi que leur appréciation juridique, appartiennent, aussi d'après le Gouvernement polonais, au fond de l'affaire. Le récit n'est fait par le Gouvernement polonais que « pour mettre en pleine lumière la position qu'il a prise au cours des négociations » et avec la réserve expresse : « sans aborder la discussion au fond en cette matière » (p. 10, alinéa 2³). L'exception d'incompétence relative à la conclusion 4 d) signifie, d'après le Contre-Mémoire, uniquement que le Gouvernement polonais prétend que, même si la Cour se déclarait, contrairement à la thèse polonaise, compétente pour la requête de réparation, elle n'aurait certainement pas juridiction sur la question de savoir « si la somme allouée à titre d'indemnité doit être retranchée ou non par compensation d'une créance quelconque que le Gouvernement polonais pourrait par hasard posséder sur l'État allemand et dont la Cour n'aurait pas eu à connaître elle-même ».

¹ Pages 154 et suiv. du présent volume.

² » 156-157 du présent volume.

³ Page 157, deuxième alinéa, du présent volume.

Le Gouvernement allemand veut suivre le Contre-Mémoire dans la voie d'écarter de la présente procédure préliminaire la discussion au fond de la matière. Toutefois, il croit également utile, pour éclaircir la situation, de rappeler les faits suivants, déjà indiqués dans le Mémoire, chapitre premier (cf. notamment la note allemande du 8 février 1927, pp. 12-13¹) et chapitre V (cf. notamment p. 21²).

15. Dès sa première note dans l'affaire (cf. Mémoire, p. 4³), le Gouvernement polonais a cherché à établir une différence entre les réclamations pour les dommages de la Oberschlesische et celles pour les dommages de la Bayerische : pour les premières, il maintint son point de vue primitif que le transfert de la propriété de l'usine était invalide ; pour les deuxièmes, il se déclara prêt à certaines indemnités, mais seulement dans le cadre de la déclaration faite par son agent auprès de la Cour *avant* l'arrêt. Cette façon de traiter pratiquement la question des indemnités comme si aucun arrêt n'était intervenu fut maintenue par le Gouvernement polonais jusqu'à sa dernière note du 5 février 1927 (cf. Mémoire, p. 11⁴). Elle revêtit, pendant les négociations, des formes différentes dont la dernière était la réserve tacite, qui toutefois pouvait être devinée, d'un refus ultérieur de tout paiement du chef de la Oberschlesische par l'invocation d'une compensation. Il ne paraissait pas être un hasard que la somme proposée par le Gouvernement polonais pour l'indemnisation de la Oberschlesische était égale à celle des assurances sociales hautes-silésiennes qui a été l'objet de la sentence du Tribunal arbitral d'interprétation du plan Dawes, sentence passée en chose jugée et qui avait rejeté la thèse polonaise portant que le Gouvernement allemand était obligé de payer cette somme en dehors des annuités Dawes.

La tactique du Gouvernement allemand d'amener le Gouvernement polonais à se prononcer ouvertement à cet égard (cf. Mémoire, p. 6⁵), eut comme résultat la note du 5 février qui, en effet, souleva ouvertement l'exception de compensation, et qui amena ainsi le Gouvernement allemand à introduire la requête le 6 février. Le point de vue du Gouvernement polonais revenait clairement à se soustraire en même temps aux conséquences de deux sentences internationales. Dans ces conditions, l'exception d'incompétence particulière relative à la question de compensation crée une situation toute paradoxale. C'était le Gouvernement polonais qui avait introduit dans l'affaire un élément étranger, et, lorsque le Gouvernement allemand en tira la seule

¹ Pages 124-125 du présent volume.

² Page 136 du présent volume.

³ » 112 » » » .

⁴ » 122 » » » .

⁵ » 115 » » » .

conséquence qui lui restât, le dépôt de la requête, c'est de nouveau le Gouvernement polonais qui, par une exception d'incompétence, lui oppose l'objection qu'il s'agit d'un élément étranger à l'affaire de Chorzów.

16. La situation est si étrange que l'on cherche vainement dans la théorie et dans la pratique internationales un précédent pour un tel incident de procédure.

Le problème des demandes reconventionnelles, discuté par l'Institut de Droit international, par Mérignhac et par la Cour lors de la préparation de son Règlement, pourrait, à première vue, servir à élucider aussi le problème de la compensation. Mais ce problème part de l'idée que c'est le *défendeur* qui a tout intérêt à se servir de ce moyen. Aussi Mérignhac (cf. pp. 263 et suiv., paragraphes 265 et suiv.) est-il incliné à élargir, dans l'intérêt du défendeur, le champ d'application des demandes reconventionnelles au delà du cadre tracé par l'Institut. Il est vrai qu'il ne distingue pas nettement entre la compétence du Tribunal arbitral de connaître de la demande reconventionnelle, notamment de la compensation, et les conditions de fond dans lesquelles la demande du défendeur est légitime. Mais il est intéressant qu'il exige pour l'admissibilité d'une exception de compensation, d'une part, la connexité de la créance avec la conclusion du demandeur, et, d'autre part, sa liquidité, son exigibilité et sa qualité de n'être contestée ni quant au principe ni quant à la quotité.

Également, au sein de la Cour (cf. Publications, Série C, n° 2, paragraphe 171, p. 140), le problème fut discuté du point de vue du Contre-Mémoire du défendeur, et l'on avait souligné la différence entre les demandes reconventionnelles nécessaires pour la défense et les demandes reconventionnelles indépendantes. En établissant son Règlement, la Cour a naturellement dû se borner à régler la question de compétence. C'est ainsi que, sur une suggestion de M. Anzilotti et une proposition de M. Beichmann, elle statua, dans l'article 40 (alors article 41), alinéa 2, chapitre 4, que ces demandes ne sont admissibles que « pour autant qu'elles rentrent dans la compétence de la Cour ». La question de la légitimité au fond, question dans la solution de laquelle la différence soulignée entre les deux catégories de demandes reconventionnelles devait jouer un rôle, devait être abandonnée à l'appréciation des espèces.

Mais, dans la présente affaire, le problème de la compensation ne se présente pas sous la forme d'une demande reconventionnelle de la Partie défenderesse, mais bien au contraire sous celle d'une demande primitive de la Partie demanderesse. Et, pour ce problème, il faut rechercher une solution qui lui soit propre.

17. Si l'on considère le problème posé par l'exception d'incompétence sous l'angle des points de vue indiqués, on voit que, en tout cas, la thèse polonaise susmentionnée néglige de distinguer deux problèmes qu'il faut distinguer : d'une part, la question de savoir

s'il est, en principe et sans égard à une créance déterminée du défendeur, admissible de se prévaloir d'une créance aux fins de compenser par elle la créance du demandeur, et, au cas d'une réponse affirmative, la question de savoir dans quelles conditions de fond (liquidité, exigibilité, connexité, etc.) une pareille compensation serait légitime, et, d'autre part, la question de savoir si l'admissibilité en principe de la compensation unilatérale affirmée et les conditions d'un usage légitime de cette faculté remplies, une créance *déterminée* peut servir à compenser la créance du demandeur.

18. En ce qui concerne la dernière question, qui n'entre pas en cause pour la présente procédure, il faut évidemment considérer le fait, déjà souligné au Mémoire (cf. p. 25, ch. 8, al. 4¹), que toute compensation vise l'extinction de *deux* créances et qu'un jugement qui constate la légitimité d'une compensation effectuée, ou à effectuer, ou qui opère une compensation, affecte les deux créances dans leur substance même. Cette considération semble être à la base de la thèse polonaise.

Mais, en ce qui concerne les deux premières questions, il est clair qu'en tout état de cause, un litige à leur sujet n'affecte aucunement la substance de la créance concrète que le défendeur invoquerait aux fins de faire éteindre par elle la créance du demandeur. Même si l'on affirmait que la Cour ne serait compétente pour trancher un litige sur la légitimité de la compensation de deux créances déterminées que lorsqu'elle est compétente pour connaître des *deux* créances, il ne s'ensuivrait nullement qu'elle ne serait pas compétente pour un litige sur les questions mentionnées en premier lieu, dans lequel il ne s'agit que de la seule créance déterminée du demandeur. Ce litige n'a pour objet que la demande de la requête comme telle. Et, si la Cour est compétente pour en connaître, elle l'est également pour le point de savoir de quelle façon le demandeur pourrait réaliser sa créance. La juridiction sur une réclamation déterminée comprend la question de savoir si elle est, ou non, conformément à des règles de droit générales ou par son caractère particulier, de nature à pouvoir être satisfaite par voie de compensation, respectivement dans quelles conditions une telle compensation serait légitime. Les règles de droit à appliquer à la solution de ces questions n'ont rien à faire avec les règles de droit qui concernent une deuxième créance déterminée dont le défendeur pourrait se prévaloir aux fins d'une compensation. En statuant sur ces questions, la Cour ne s'immiscerait donc en aucun cas dans un domaine pour lequel elle n'a pas de juridiction. Elles appartiennent aux questions pour la solution définitive desquelles la Cour a été appelée par le compromis. Le requérant a un intérêt légitime à ce que la Cour, compétente pour sa demande d'indemnisation, se prononce sur la façon dont le défendeur peut légitimement accomplir l'obligation

¹ Page 143, premier alinéa, du présent volume.

qui fait l'objet de l'arrêt. La fixation des modalités de cet accomplissement, dont la question de l'admissibilité d'une compensation fait partie, est comprise dans la compétence d'un tribunal arbitral pour les questions d'indemnisation.

19. Ce problème paraît simple et clair. En ce qui concerne l'autre, on pourrait noter d'abord que, à raison du fait que l'effectuation de la compensation affecte deux créances et que le jugement qui la constate ou l'opère passe en chose jugée pour les deux créances en cause, la jurisprudence de la Cour prussienne instituée pour la solution des conflits de compétence entre les autorités judiciaires et administratives et celle du *Reichsgericht* ont établi qu'un tribunal de justice n'est pas compétent pour se prononcer au fond sur la légitimité d'une compensation de la créance du demandeur par une créance du défendeur lorsque cette dernière appartient au domaine réservé à la voie administrative. La vérité acquise que tout tribunal peut et doit se prononcer, d'une façon incidente, aussi sur des questions pour lesquelles il n'est pas compétent, si elles sont portées devant lui en tant que questions principales, ne s'applique pas au problème de compensation, puisqu'elle affecte deux créances dans leur substance, et ce avec l'autorité de la chose jugée (cf. par exemple Hatschek, *Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts*, 5^{me} et 6^{me} éd., 1927, pp. 32-33).

20. Mais il faut se demander si ce principe, même s'il était accepté par tous les droits internes, s'applique également en droit international, ce que le Gouvernement polonais semble affirmer. Cette extension se heurterait au fait que, en droit interne, la déclaration d'incompétence d'un tribunal signifie en général uniquement qu'un autre tribunal est compétent, alors que, dans le domaine international, elle signifie en général qu'il n'y a aucun tribunal compétent dans l'affaire. En droit interne, elle n'entraîne qu'un délai dans la solution judiciaire du litige ; en droit international, elle revient à renvoyer les Parties aux moyens coercitifs, alors que c'est la destination de l'arbitrage, institué par le compromis, de résoudre définitivement tout le litige par la voie arbitrale. De plus, les intérêts du défendeur exigent qu'il doit être censé autorisé par le compromis à invoquer à sa décharge tous les faits qui sont nécessaires pour repousser une demande exagérée ou contraire à la bonne foi de la part du requérant (cf. Mérignac). Comme il ressort de la présente affaire, il se peut également que le demandeur ait l'intérêt légitime de se prémunir contre une tentative du défendeur d'éluder l'exécution d'une sentence arbitrale.

21. Mais la question de savoir laquelle des deux argumentations susdites doit primer l'autre, ou si, peut-être, la question n'est susceptible que d'une solution selon les circonstances de l'espèce, peut, même si elle se présentait au cours de la présente affaire,

rester indécise. Il a déjà été mentionné au Mémoire (p. 26¹), dans cet ordre d'idées, qu'il existe entre l'Allemagne et la Pologne un traité d'arbitrage général, obligatoire, institutionnel, et qui permet de soumettre à l'arbitrage tout litige d'ordre juridique qui pourrait s'élever entre les deux pays. Ainsi, même si les principes qui régissent en droit interne la question de compétence en matière de compensation, et qui sont à la base de l'article 40 du Règlement de la Cour, doivent s'appliquer en l'espèce, la compétence de la Cour pour constater ou effectuer une compensation de la créance du demandeur par une créance déterminée du défendeur ne peut être mise en doute. Et cette compétence ne saurait fléchir du fait éventuel que certaines formalités requises par le Traité de Locarno ne seraient pas remplies. Dans son Arrêt n° 2 relatif à l'affaire *Mavrommatis* (compétence), la Cour a déjà dit que, « exerçant une juridiction internationale », elle « n'est pas tenue d'attacher à des considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir dans le droit interne » (p. 33).

22. Enfin, un dernier point mérite encore d'être retenu. La jurisprudence interne susmentionnée a établi que la compétence d'un tribunal de justice en matière de compensation est donnée même pour une créance appartenant au domaine administratif lorsque cette créance est formellement fixée et constatée, quant au principe et à sa quotité, soit par la décision définitive d'une autorité administrative, soit par sa reconnaissance, soit par un jugement ayant obtenu la force de la chose jugée (cf. *Hatschek*, p. 33). L'extension de ce principe au droit international n'est pas douteuse. Tout tribunal international, et notamment la Cour, applique le droit en vigueur entre les Parties en cause ; et un jugement rendu entre celles-ci et passé entre elles en chose jugée fait partie de ce droit en vigueur.

23. Ainsi, la Cour est certainement compétente

- 1° pour la question de savoir *si*, en principe et sans égard à une créance déterminée du défendeur, la somme allouée par l'arrêt demandé peut être compensée par une créance éventuelle du défendeur ;
- 2° pour la question de savoir *dans quelles conditions générales* (liquidité, exigibilité, connexité, qualité de ne pas être contestée, etc.) une créance du défendeur pourrait être utilisée aux fins d'une compensation (si cette dernière était en principe censée être admissible) ;
- 3° pour prendre en considération toute sentence arbitrale passée en chose jugée entre les Parties au litige.

Les questions posées par la conclusion 4 *d*) du Mémoire allemand, à savoir si, en dépit de la sentence du Tribunal arbitral d'inter-

¹ Page 143 du présent volume.

prétation, passée en chose jugée, la Pologne peut compenser par la créance qui a fait l'objet de cette sentence la créance de l'Allemagne, et si la Pologne peut, en principe, invoquer une créance éventuelle, lui revenant, contre la créance d'indemnité de l'Allemagne, rentrent donc en tout cas dans le cadre de la compétence de la Cour. De plus, en vertu du Traité d'arbitrage de Locarno, la Cour peut connaître de toute question juridique qui pourrait s'élever du chef du problème de compensation.

VI.

24. Le Contre-Mémoire oppose une dernière exception d'incompétence spéciale à la conclusion n° 3 du Mémoire.

L'assertion du Contre-Mémoire que le Mémoire ne contient aucune construction juridique à l'appui de cette demande ne saurait être soutenue eu égard au chiffre 7° du chapitre IV (p. 21) du Mémoire¹. La construction y donnée est la même [que celle] qui avait été donnée au cours des négociations les 6, 12 et 14 janvier 1927 et qui n'avait jamais trouvé d'objections de la part de la délégation polonaise.

Il ne s'agit nullement, comme le Contre-Mémoire veut le faire croire, d'une interdiction d'exportation, imposée par voie d'autorité et telle qu'elle se trouve dans les législations nationales ou dans des conventions internationales en matière de commerce. Mais il s'agit d'une défense à octroyer au Fisc polonais en sa qualité d'entrepreneur de l'usine de Chorzów, qui a continué et veut continuer son exploitation d'après les brevets, licences, expériences, etc., de la Bayerische, et que cette dernière a un intérêt légitime à empêcher de lui faire une concurrence sur certains marchés. Il s'agit d'une défense telle qu'elle fait en général partie d'un contrat de droit privé de licence, défense que le Gouvernement allemand croit devoir demander au Gouvernement polonais à titre de réparation pour la prise de possession et la continuation de l'exploitation de l'usine.

La question de savoir si cette demande réparatrice est, ou non, justifiée, appartient au fond de l'affaire et ne saurait être appréciée qu'après un examen détaillé de l'ensemble du problème de réparation tel que le Gouvernement allemand l'entend.

L'Agent du Gouvernement allemand :

(Signé) Dr E. KAUFMANN,

Professeur de droit international et de droit public à l'Université de Bonn.

¹ Page 136 du présent volume.