

Distr.
LIMITEE

A/CN.4/L.484/Add.5
15 juillet 1993

FRANCAIS
Original : ANGLAIS

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
Quarante-cinquième session
3 mai - 23 juillet 1993

PROJET DE RAPPORT DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
SUR LES TRAVAUX DE SA QUARANTE-CINQUIEME SESSION

CHAPITRE IV

RESPONSABILITE DES ETATS

Additif

	Page
C. Texte du paragraphe 2 du projet d'article premier et des projets d'articles 6, 6 <u>bis</u> , 7, 8, 10 et 10 <u>bis</u> , avec les commentaires y relatifs, tels que provisoirement adoptés par la Commission à sa quarante-cinquième session	
Article 8 Indemnisation.	2

Article 8

Indemnisation

1. L'Etat lésé est en droit d'obtenir de l'Etat qui a commis un fait internationalement illicite une indemnisation pour le dommage causé par ce fait si, et dans la mesure où, le dommage n'est pas réparé par la restitution en nature.

2. Aux fins du présent article, l'indemnisation couvre tout dommage susceptible d'évaluation économique subi par l'Etat lésé et peut comprendre des intérêts et, le cas échéant, le manque à gagner.

Commentaire

1) L'indemnisation est le mode de réparation le plus souvent recherché à la suite d'un fait internationalement illicite. Comme la CPJI l'avait affirmé dans l'affaire de l'Usine de Chorzów, "il est un principe de droit international que la réparation d'un tort peut consister en une indemnité... C'est même la forme de réparation la plus usitée" 1/. L'indemnisation n'est bien entendu pas le seul mode de réparation consistant dans le paiement d'une somme d'argent : les dommages-intérêts symboliques ou les dommages-intérêts correspondant à la gravité du manquement, tous deux traités à l'article 10 relatif à la satisfaction, sont eux aussi de nature pécuniaire, mais ils remplissent une fonction afflictive qui est étrangère à l'indemnisation, même si l'on considère qu'il y a une part de rétribution dans toute forme de réparation.

1/ CPJI, série A - No 17, arrêt du 13 septembre 1928, p. 27 et 28.

2) La distinction entre le paiement d'argent à titre de compensation et le paiement d'argent à titre de sanction est généralement reconnue et fréquemment soulignée par les auteurs 2/. On trouve aussi des indications expresses dans le même sens dans la jurisprudence. Dans l'affaire du Lusitania, par exemple, le surarbitre s'était exprimé clairement en déclarant :

"La conception fondamentale des dommages-intérêts est la satisfaction, la réparation d'une perte subie, une compensation octroyée par voie judiciaire pour un préjudice. La réparation doit être proportionnelle au préjudice, de façon à ce que la partie lésée retrouve la totalité de ce qu'elle a perdu. Le fait d'imposer une amende du nom de dommages-intérêts en ajoutant comme qualificatifs les mots : 'à titre d'exemple, de vengeance ou de punition', est une confusion de termes regrettable, qui conduit inévitablement à une confusion de pensée ..." (c'est nous qui soulignons)

Autre exemple, dans l'affaire de la Responsabilité de l'Allemagne à raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre 3/, le tribunal arbitral avait différencié sans

2/ Voir, par exemple, C. Eagleton, The Responsibility of States in International Law (New York, 1928) :

"Le mode habituel de réparation, lorsque le rétablissement de l'état initial est impossible ou insuffisant, est le versement d'indemnités [...] On a coutume de dire que les dommages-intérêts fixés doivent servir uniquement à indemniser du préjudice subi, et qu'ils ont donc un caractère compensatoire plutôt que punitif... (p. 189)
(C'est nous qui soulignons).

Dans le même esprit, voir E. Jiménez de Aréchaga, "International Responsibility", in M. Sørensen, dir. publ., Manual of Public International Law (Londres, Macmillan, 1968).

3/ Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales internationales, vol. II, p. 1035 et suiv.

ambiguïté les conséquences du point de vue de la réparation des conséquences pénales de la conduite de l'Allemagne 4/.

3) Pour formuler les règles régissant l'indemnisation, la Commission a été amenée à examiner la tendance naturelle des commissions et tribunaux arbitraux

4/ Sentence du 30 juin 1930 (Portugal c. Allemagne) [Ibid., p. 1076 et 1077]. Le tribunal avait déclaré :

"En sus de la réparation des dommages proprement dits, causés par les actes commis par l'Allemagne pendant la période de neutralité, le Portugal réclame une indemnité de deux milliards de marks-or en raison 'de toutes les offenses à sa souveraineté et pour les attentats contre le droit international'. Il motive cette réclamation en exposant que l'indemnité qui sera accordée de ce chef 'donnera la mesure de la gravité des actes pratiqués vis-à-vis du droit international et des droits des peuples', et 'qu'elle aidera ... à faire savoir que ces actes ne pourront impunément continuer à être pratiqués. Outre la sanction de la désapprobation par les consciences et par l'opinion publique internationale, ils auraient la sanction matérielle correspondante...'. "

Il résulte très clairement de cela qu'il ne s'agit pas, en réalité, d'une indemnité, de la réparation d'un préjudice matériel ni même moral, mais bien d'une sanction, d'une peine infligée à l'Etat coupable et inspirée, comme les peines en général, par les idées de rétribution, d'avertissement et d'intimidation. Or il est évident qu'en confiant à un arbitre le soin de fixer le montant des réclamations introduites pour ces actes commis pendant la période de neutralité les Hautes parties contractantes n'ont pas entendu l'investir d'un pouvoir répressif. Non seulement le paragraphe 4 qui institue sa compétence est contenu dans la partie X du Traité, intitulée 'Clauses économiques' tandis que c'est la partie VII qui traite des 'sanctions', mais en outre il serait contraire aux intentions nettement exprimées des puissances alliées d'admettre qu'elles ont envisagé la possibilité de frapper l'Allemagne de peines pécuniaires en raison des actes qu'elle a commis, l'article 232, al. 1, portant expressément qu'elles reconnaissent que même la simple réparation des pertes proprement dites causées par elle dépasserait sa capacité financière. La sanction réclamée par le Portugal est donc en dehors à la fois des sphères des compétences des arbitres et du cadre du Traité."

à s'inspirer des règles du droit privé, et en particulier du droit romain 5/. Elle a en même temps reconnu avec la majorité de la doctrine 6/, qu'il était impossible, vu le nombre et la diversité des cas concrets, de trouver ou même de concevoir des règles très détaillées applicables mécaniquement et uniformément à tous les cas ou groupes de cas. Elle en a donc conclu que les règles relatives à l'indemnisation seraient nécessairement assez générales et souples, quand bien même elles pourraient être formulées de manière à inclure les droits de l'Etat lésé et les obligations correspondantes de l'Etat auteur du fait illicite.

4) Aux termes du paragraphe 1, l'Etat lésé est "en droit" d'obtenir de l'Etat qui a commis un fait internationalement illicite une indemnisation pour le dommage "causé" par ce fait, "si, et dans la mesure où, le dommage n'est pas réparé par la restitution en nature". Nous analyserons maintenant successivement cette notion de "droit", l'exigence d'un lien de causalité et la relation entre indemnisation et restitution en nature.

5/ L'influence des règles du droit privé est reconnue par de nombreux auteurs, dont K. Nagy, "The problem of reparation in international law", in H. Bokor-Szego, dir. publ., Questions of International Law: Hungarian Perspectives (Budapest, Akademiai Kiadó, 1986), vol. 3, p. 178 et 179; Č. Čepelka, Les conséquences juridiques du délit en droit international contemporain (Prague, Universita Karlova, 1965); Reitzer, La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international, Paris, 1938, p. 161 et 162, et Anzilotti, Corso di diritto internazionale, 4e édition (Padoue, CEDAM, 1955), vol. I, traduction française par G. Gidel de la 3e édition en italien, Cours de droit international (Paris, 1929), p. 524. Toutefois, ces deux derniers auteurs ne sont pas d'accord sur le statut des principes de droit interne tels qu'ils sont appliqués dans la jurisprudence internationale correspondante. Pour Anzilotti, les tribunaux internationaux, en faisant appel aux règles de droit privé, n'appliquent pas le droit interne en tant que tel; ils appliquent des principes juridiques internationaux calqués sur les principes ou les règles du droit interne. Reitzer, pour sa part, considère que les règles du droit privé ne font pas partie du droit international général.

6/ Graefrath, "Responsibility and damages caused: relationship between responsibility and damages", Recueil des cours ... 1984-II (La Haye, Nijhoff, 1985), vol. 185, p. 101. Voir aussi J.H.W. Verzijl, International Law in Historical Perspective (Leyde, Sijhoff, 1973), vol. VI, p. 746 et 747; Eagleton (op. cit. [supra note 2]), p. 191; Reitzer, op. cit. (supra, note 5); et C.D. Gray, Judicial Remedies in International Law (Oxford, Clarendon Press, 1987), p. 33 et 34.

5) Comme tous les autres articles relatifs à la réparation, l'article 8 consacre un droit de l'Etat lésé et subordonne l'exécution de l'obligation d'indemniser à une demande en ce sens de la part de l'Etat lésé.

6) L'exigence d'un lien de causalité entre le fait illicite et le dommage appelle de plus amples observations. Si cette exigence elle-même est universellement tenue pour acquise, la distinction entre les conséquences dont on peut considérer qu'elles découlent d'un acte illicite, et sont de ce fait indemnisables, de celles qui ne doivent pas être considérées comme telles et qui ne donnent donc pas lieu à indemnisation, a énormément retenu l'attention, en doctrine comme en pratique. Il fut un temps où la question était examinée sous l'angle de la distinction entre le préjudice "direct" et le préjudice "indirect", mais cette approche devait susciter des doutes en raison de l'ambiguïté et du peu d'utilité de cette distinction 7/. Dans la doctrine internationale 8/, l'expression "dommage indirect" a servi à justifier des décisions de ne pas accorder de dommages-intérêts, sans pour autant préciser quelle sorte de lien entre l'événement et le dommage justifierait pour ce dernier le qualificatif "indirect" 9/. Il est également intéressant de mentionner dans ce contexte deux déclarations de la Commission mixte de réclamations germano-américaine. La première, qui figure dans la décision rendue par la Commission dans l'affaire South Porto Rico Company 10/, qualifie le terme "indirect" appliqué au dommage d'"impropre, inexact et ambigu" et la distinction entre dommage "direct" et dommage "indirect",

7/ Voir J. Personnaz, La réparation du préjudice en droit international public (Paris, 1939), p. 135; Eagleton, op. cit. (supra note 2), p. 199-202; Morelli, op. cit. p. 365; Bollecker-Stern, Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale (Paris, Pedone, 1973), p. 204-211; Gray, op. cit. (supra, note 6), p. 22.

8/ L'affaire de l'Alabama est citée par Hauriou ("Les dommages indirects dans les arbitrages internationaux", Revue générale de droit international public, vol. 31 (1924), p. 209) comme l'application la plus remarquable de la règle excluant les dommages "indirects".

9/ Voir, dans ce sens, Anzilotti, op. cit., (supra note 5), p. 431, Hauriou, op. cit. (supra, note 8) et Reitzer, op. cit. (supra, note 5), p. 180.

10/ Il s'agit de l'une des affaires relatives aux Réclamations présentées pour remboursement de primes d'assurance contre les risques de guerre; décision rendue par la Commission mixte de réclamation le 1er novembre 1923 (Nations Unies, Recueil, vol. VII, p. 62 et 63).

de "souvent illusoire et fantaisiste". La seconde, tirée de la décision administrative No II 11/ de la Commission, en date du 1er novembre 1923, est la suivante :

"Peu importe que le dommage ait été subi directement ou non, pourvu que la perte dont on se plaint soit clairement reliée, et sans solution de continuité, à l'acte de l'Allemagne..."

7) Plus que le caractère direct du dommage, le critère est donc la présence d'un lien de causalité clair et continu entre l'acte illicite et le préjudice pour lequel des dommages-intérêts sont réclamés. Pour que le préjudice soit indemnisable, il est nécessaire qu'il soit lié à un acte illicite par une relation de cause à effet 12/, et tel est le cas lorsque le déroulement normal et naturel des événements indique que le préjudice est une conséquence logique de l'acte illicite ou que l'auteur dudit acte aurait pu prévoir le dommage que son acte causerait. Bien que les conditions de normalité et de prévisibilité coexistent presque toujours (en ce sens qu'on aurait pu également prévoir que le dommage serait causé s'il était dans la norme) 13/, la pratique leur accorde une importance variable. La prévisibilité prévaut dans la pratique judiciaire. Un exemple clair en est la sentence rendue dans l'affaire des Colonies portugaises (incident de Naulilaa) 14/. Les dommages causés au Portugal par la révolte de la population autochtone dans ses colonies avaient été imputés à l'Allemagne parce qu'on avait allégué que la révolte avait été déclenchée par l'invasion allemande. Le tribunal avait donc considéré que l'Etat responsable était tenu de réparer les dommages qu'il aurait pu prévoir, même si le lien entre le fait illicite et les dommages effectifs n'était pas réellement "direct". Au contraire, il n'avait pas alloué de dommages-intérêts pour les dommages qui n'auraient pas pu être prévus :

11/ Ibid., p. 29.

12/ Dans ce sens, Personnaz, op. cit. (supra, note 7), p. 136; Eagleton, op. cit., (supra, note 2) p. 202 et 203.

13/ Voir par exemple G. Salvioli, "La responsabilité des Etats et la fixation des dommages et intérêts par les tribunaux internationaux", Recueil des cours ... 1929-III (Paris, 1930), vol. 28, p. 251; Reitzer, op. cit. (supra, note 5), p. 183.

14/ Sentence du 31 juillet 1928 (Portugal c. Allemagne) (Nations Unies; Recueil ..., vol. II, p. 1011 et suiv.).

"[...] en effet, il ne serait pas équitable de laisser à la charge de la victime les dommages que l'auteur de l'acte illicite initial a prévus et peut-être même voulus, sous le seul prétexte que, dans la chaîne qui les relie à son acte, il y a des anneaux intermédiaires. Mais par contre tout le monde est d'accord que, si même on abandonne le principe rigoureux que seuls les dommages directs donnent droit à réparation, on n'en doit pas moins nécessairement exclure, sous peine d'aboutir à une extension inadmissible de la responsabilité, les dommages qui ne se rattachent à l'acte initial que par un enchaînement imprévu de circonstances exceptionnelles et qui n'ont pu se produire que grâce au concours de causes étrangères à l'auteur et échappant à toute prévision de sa part. [...]" 15/.

8) Aux yeux de la Commission, il n'est pas juste d'exclure la prévisibilité des conditions nécessaires pour déterminer la causalité aux fins de la réparation. Tout au plus peut-on dire que la possibilité, pour un homme raisonnable dans la situation de l'auteur du fait illicite de prévoir les dommages offre une indication importante pour juger du caractère "normal" ou "naturel" qui paraît être un préalable indiscutable de la détermination du lien de causalité. La décision administrative No II de la Commission mixte de réclamations germano-américaine mentionnée plus haut fournit une fois de plus un exemple utile de la manière dont le critère de la normalité est appliqué pour déterminer le lien de causalité :

15/ Ibid., p. 1031.

"... Peu importe le nombre des anneaux qui lient l'une à l'autre dans la chaîne des relations de cause à effet, pourvu qu'il n'y ait aucune brisure dans cette chaîne et que le dommage puisse être relié clairement, indiscutablement et définitivement à l'acte de l'Allemagne..." 16/.

9) Le critère de la présomption de causalité appliqué quand les conditions de normalité et de prévisibilité sont remplies exige de plus amples explications.

Tant dans la doctrine que dans la pratique judiciaire, on relève une tendance à assimiler le critère en question au principe de la proxima causa utilisé en droit privé. Brownlie, à propos de l'affaire Dix 17/, dit que

"Il y a des éléments qui indiquent que les tribunaux internationaux font une distinction analogue et tiennent ainsi les gouvernements pour responsables 'seulement des conséquences immédiates et naturelles de leurs actes' et refusent 'la réparation pour les conséquences lointaines, en l'absence de preuve d'une intention délibérée de causer un préjudice'" 18/.

16/ La Commission avait ajouté :

"[...] Lorsque le dommage est éloigné, dans la suite des causes, de l'acte dont on se plaint, ce tribunal n'est pas qualifié pour chercher à démêler un réseau enchevêtré de causes et d'effets ou pour suivre, à travers un infernal labyrinthe de pensées confuses, diverses chaînes connexes et collatérales, dans le but de rattacher l'Allemagne à un dommage particulier. Toutes les pertes indirectes sont couvertes, à la condition toutefois qu'au point de vue juridique l'acte de l'Allemagne fût la cause directe et efficiente d'où elles ont découlé. Le critérium simple à appliquer dans tous les cas est le suivant : Un national américain a-t-il prouvé avoir subi une perte susceptible d'être mesurée avec une exactitude raisonnable au moyen d'étalons pécuniaires, et l'acte de l'Allemagne peut-il en être tenu pour la cause directe ?" (Ibid., vol. VII, p. 30).

17/ Sentence rendue en 1903 par la Commission mixte des réclamations américano-vénézuéliennes (ibid., vol. IX, p. 119 et suiv., notamment p. 121).

18/ Brownlie, System of the Law of Nations: State responsibility, Première partie (Oxford, Clarendon Press, 1983), p. 224.

A la suite de la désintégration, en 1978, du satellite soviétique porteur d'une source d'énergie nucléaire Cosmos-954 sur son territoire, le Canada déclarait dans sa réclamation :

"Pour calculer le montant de la réparation réclamée, le Canada a appliqué les critères pertinents établis par les principes généraux du droit international selon lesquels des indemnités équitables doivent être versées, en demandant seulement à être indemnisé des coûts raisonnables dont la cause immédiate est l'intrusion du satellite et le dépôt de débris et qui peuvent être calculés avec un degré de certitude raisonnable." 19/

10) Il semble donc qu'un emploi non judicieux de l'adjectif "immédiate" (qualifiant la "cause") pour indiquer le type de relation qui doit exister entre un acte illicite et un préjudice indemnisable ne soit pas dépourvu d'ambiguïté. Cet adjectif semblerait exclure totalement la possibilité d'être indemnisé des dommages qui, bien qu'ils soient liés à un fait illicite, n'en sont pas proches dans le temps ou dans la chaîne de causalité.

11) La Commission aurait donc tendance à considérer que le critère du lien de causalité devrait jouer comme suit :

- i) Il devrait y avoir dédommagement intégral pour les préjudices dont la cause immédiate et exclusive est le fait illicite 20/;
- ii) Il devrait y avoir dédommagement intégral pour les préjudices dont le fait illicite est la cause exclusive, même si ces préjudices sont liés à l'acte non de façon immédiate, mais par une série d'événements dont chacun est lié à l'autre de manière exclusive par une relation de cause à effet.

Le lien de causalité doit donc être présumé non seulement lorsqu'on est en présence d'une relation de "causalité immédiate", mais aussi chaque fois que le dommage est lié à l'acte illicite par une chaîne d'événements qui, pour longue qu'elle soit, est ininterrompue.

19/ International Legal Materials, vol. XVIII (1979), p. 907, par. 23 de la réclamation.

20/ J. Combacau, "La responsabilité internationale", dans H. Thierry et al., Droit international public, 4e éd., Paris, Montchrestien, 1984, parle en pareil cas d'une "causalité au premier degré, celle qui unit sans aucun intermédiaire le fait générateur au dommage" (p. 711).

12) Il faut envisager les cas où les préjudices ne sont pas causés exclusivement par un acte illicite, mais résultent également de causes concomitantes, parmi lesquelles l'acte illicite joue un rôle décisif mais non exclusif. Parmi eux figure la possibilité, déjà envisagée dans le cadre de l'article 6 bis, que le dommage soit partiellement dû à la négligence ou à une action ou omission délibérée de l'Etat lésé. Il y a aussi les hypothèses de concours de fautes de plusieurs Etats 21/ et d'intervention d'une cause indépendante extérieure à l'Etat auteur entraînant une aggravation du dommage qui sans elle aurait résulté de l'acte illicite.

13) Les actions de tiers et les facteurs économiques, politiques et naturels ne sont que quelques-uns des innombrables éléments qui peuvent être les causes concomitantes d'un dommage 22/. En pareils cas, comme dans celui visé au paragraphe 2 de l'article 6 bis, il ne serait ni équitable ni conforme à une

21/ L'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire de Nauru pourrait s'analyser dans cette perspective.

22/ L'affaire Yuille, Shortridge and Co. en est un exemple (sentence du 21 octobre 1861 (Grande-Bretagne c. Portugal) [Lapradelle-Politis, vol. II, p. 78 et suiv.]). Dans cette affaire, une société anglaise d'exportation de vins immatriculée au Portugal avait été condamnée à tort par les tribunaux portugais après une procédure irrégulière. Le principal préjudice pour lequel la société cherchait à obtenir réparation était les frais exposés par elle au cours de la procédure. Le "préjudice accessoire" consistait dans la chute des ventes, du fait que les activités de la société avaient été partiellement paralysées. Résumant l'affaire, Hauriou (op. cit. [supra, note 8], p. 216), dit que :

"... la question était justement de savoir si la baisse du chiffre d'affaires avait pour cause unique le procès, ou si d'autres causes n'étaient pas entrées en concurrence. Dans l'espèce, il était manifeste que des circonstances étrangères avaient contribué à la diminution des bénéfices enregistrée par la Société. Les arbitres purent relever, par exemple, une crise dans la production vinicole, pendant les années 1839 à 1842, ainsi que des pertes provenant des mauvaises conditions dans lesquelles avaient été effectuées certaines consignations de vins.

Dans cette hypothèse, par conséquent, les dommages qualifiés d''indirects', en l'espèce la diminution des bénéfices de la Société, se présentent comme étant le résultat de causes différentes. Les unes se rattachent au déni de justice dont la société a été victime, mais les autres lui sont totalement étrangères."

bonne application du lien de causalité de considérer que l'Etat auteur est tenu de l'obligation de réparer l'intégralité des dommages. La solution devrait consister à verser des dommages-intérêts partiels, proportionnés à l'importance du préjudice qui doit vraisemblablement être imputé à l'acte illicite et à ses effets, le montant à octroyer devant être déterminé sur la base des critères de normalité et de prévisibilité 23/. Vu la diversité des situations possibles, la Commission n'a pas essayé de trouver des critères rigoureux s'appliquant à tous les cas ni d'indiquer les pourcentages à appliquer pour les dommages accordés à l'encontre d'un Etat auteur d'un acte dommageable, quand son action a été une des causes, décisive mais non exclusive, d'un préjudice subi par un autre Etat. il serait absurde de songer à énoncer dans une formule universellement applicable les différentes hypothèses de la relation de causalité et de tâcher de tracer une ligne de démarcation entre les dommages pour lesquels une réparation est due et les dommages pour lesquels une réparation n'est pas due. L'application des principes et critères examinés plus haut ne peut se faire qu'à la lumière des circonstances et des faits de la cause, et le pouvoir discrétionnaire des arbitres ou les talents diplomatiques des négociateurs devront jouer un rôle décisif dans la détermination de la mesure dans laquelle le préjudice est indemnisable. Cela est particulièrement vrai quand la chaîne de causalité

23/ Voir à ce propos Salvioli, (op. cit. [supra note 13], p. 203); Personnaz, (op. cit. [supra, note 7], p. 143); Gray, (op. cit. [supra, note 6], p. 23).

entre l'acte illicite et le préjudice est particulièrement longue et que d'autres facteurs de causalité y interviennent 24/.

14) La proposition finale du paragraphe 1 "si, et dans la mesure où, le dommage n'est pas réparé par la restitution en nature", éclaire la relation entre la restitution en nature et l'indemnisation comme modes de réparation. Malgré la "primauté" que lui confèrent l'équité et le principe général du droit de la responsabilité, la restitution en nature, très souvent, ne peut pas assurer une réparation complète : elle risque d'être partiellement ou entièrement exclue, soit par l'effet des alinéas a) à d) de l'article 7, soit parce que l'Etat lésé préfère obtenir réparation sous la forme d'une indemnité; elle risque aussi de ne pas suffire à assurer une réparation intégrale. L'indemnisation a pour rôle de combler les lacunes plus ou moins

24/ Comme l'observe Reitzer,

"... La causalité, c'est l'enchaînement d'un nombre infini de causes et d'effets : le préjudice subi est dû à la concurrence d'une multiplicité de faits et de phénomènes. Le juge international doit dire lesquels entre ces faits et phénomènes ont produit le dommage, d'après le cours ordinaire des choses, et lesquels lui sont, au contraire, étrangers. Il dit notamment décider si, selon le même critère de normalité, le dommage est ou n'est pas attribuable à l'acte incriminé. Cela nécessite un choix, une sélection, une appréciation, parmi les faits qui, pris en eux-mêmes, ont tous une valeur égale. Dans ce travail de sélection, l'arbitre est acculé à suivre ses propres lumières. C'est lui qui rompt la chaîne de causalité, afin d'y englober telle catégorie d'actes et d'événements et d'en exclure telle autre, guidé par sa seule sagesse et sa propre perspicacité. Toutes les fois, on le remarque, que l'arbitre ne trouve point d'indications utiles dans les précédents, sa liberté de jugement rebondit." (Op. cit. [supra, note 5], p. 184 et 185.)

Sur ce point, voir les remarques également pertinentes de Personnaz, pour qui

"L'existence des rapports [de causalité] est une question de fait et doit être établie par le juge; il ne saurait être question de l'enfermer dans des formules, car c'est uniquement affaire d'espèces." (Op. cit. [supra, note 7], p. 129.)

Le même auteur poursuit en ces termes :

"C'est là une question qui ne peut pas être résolue par des principes, mais seulement à la lumière des faits de la cause et d'après des considérations d'espèce, pour l'examen desquels le juge disposera, sauf restrictions du compromis, d'un entier pouvoir d'appréciation." (Ibid., p. 135.)

importantes que la restitution en nature, souvent insuffisante, laisse subsister dans la réparation.

15) Puisque les deux articles 7 et 8 consacrent un droit de l'Etat lésé, la Commission juge inutile, dans le cas d'une situation bilatérale, de prévoir expressément pour cet Etat la liberté de choisir entre restitution en nature et indemnisation. En même temps, la Commission est consciente qu'en cas de pluralité d'Etats lésés, des difficultés risquent de surgir si ces Etats optent pour des formes de réparation différentes. Cette question fait partie d'un groupe de problèmes qui ont toutes chances de se poser chaque fois qu'il y aura deux ou plusieurs Etats également ou diversement lésés. Elle implique des incidences en ce qui concerne les conséquences tant "substantielles" qu'"instrumentales" des faits internationalement illicites, et la Commission a l'intention d'y revenir en temps utile.

16) Le paragraphe 2 de l'article 8 a trait au champ d'application de l'indemnisation. Celle-ci consistant dans le versement d'une somme d'argent qui remplace ou intègre la restitution en nature, c'est la réparation appropriée dans le cas d'un "dommage susceptible d'évaluation économique", c'est-à-dire d'un dommage qui peut s'évaluer en termes économiques. De ce fait, on considère généralement qu'elle tend à réparer le préjudice "matériel" subi par l'Etat lésé. Bien qu'exacte en un sens, cette description demande à être fortement nuancée. Il est vrai que l'indemnisation ne couvre pas d'ordinaire le dommage moral (immatériel) causé à l'Etat lésé, fonction normalement remplie par un autre mode de réparation, à savoir la satisfaction, visée à l'article 10. Il n'est pas vrai en revanche que l'indemnisation ne couvre pas le dommage moral causé aux personnes, ressortissants ou agents de l'Etat lésé. L'ambiguïté vient de ce que le dommage moral causé à l'Etat lésé et le dommage moral subi par les nationaux ou les agents de l'Etat lésé font l'objet d'un traitement différent en droit international.

17) Les faits internationalement illicites les plus fréquents sont ceux qui causent un dommage à des personnes physiques ou morales ayant un lien avec l'Etat, qu'il s'agisse de simples ressortissants ou d'agents de cet Etat. Ce dommage, qui atteint internationalement l'Etat de manière directe, même si le préjudice est subi par ses ressortissants ou ses agents agissant à titre privé, n'est pas toujours exclusivement matériel. Au contraire, il arrive souvent qu'il soit aussi, voire exclusivement, moral - et c'est un dommage

moral dont l'indemnisation peut être légitimement demandée, au même titre que celle du dommage matériel.

18) L'un des principaux exemples jurisprudentiels est l'affaire du "Lusitania", jugée en 1923 par la Commission mixte de réclamations germano-américaine 25/, qui portait sur les conséquences du naufrage de ce paquebot britannique coulé par un sous-marin allemand. S'agissant du calcul de l'indemnité à accorder en chaque cas pour les pertes américaines subies à cette occasion, le surarbitre avait déclaré que le droit civil et le "common law" reconnaissent tous deux que toute "atteinte à un droit privé" impliquait un dommage et en prévoyait la réparation. Le surarbitre était d'avis que tout préjudice devait être évalué d'après des critères pécuniaires, citant Grotius selon qui "l'argent est la commune mesure des choses qui ont une valeur" 26/. Au sujet du décès des personnes, il soutint en particulier que la préoccupation du tribunal devait être de calculer le montant de l'indemnisation des préjudices suivants : perte des sommes

"a) que le décédé, s'il n'avait pas été tué, aurait probablement versées au réclamant; y ajouter b) la valeur pécuniaire qu'auraient représentée pour ce réclamant les services personnels du décédé dans le soin, l'éducation ou la direction du réclamant; y ajouter aussi c) une indemnisation raisonnable pour la souffrance morale ou la commotion, s'il y a lieu, causée par la rupture violente d'affections de famille, souffrances que cette mort a pu effectivement causer* au réclamant. Le montant de ces estimations, réduit à sa valeur monétaire actuelle, représentera généralement la perte subie par le réclamant 27/".

Laissant de côté les considérations du surarbitre concernant les dommages visés aux points a) et b), qui se rapportent à la notion plus large de "dommage personnel", on retiendra ici ce qu'il disait à propos des préjudices décrits au point c). Selon lui, le droit international donne le droit d'obtenir réparation pour une souffrance morale, une blessure d'ordre

25/ Sentence du 1er novembre 1923 (Nations Unies, Recueil, vol. VII, p. 32 et suiv.; tr. française dans J.C. Witenberg, Commission mixte de réclamations germano-américaine, Paris, 1926, t. I, p. 22 et suiv.).

26/ Witenberg, t. I, p. 24 et 25.

27/ Ibid., p. 25 (c'est nous qui soulignons).

affectif, ou une humiliation, une honte, le déshonneur, la perte d'une position sociale, une atteinte au crédit ou à la réputation. De tels préjudices, déclara le surarbitre, sont des dommages très réels et

"le seul fait qu'ils sont difficiles à mesurer ou à estimer en valeurs monétaires ne les rend pas moins réels et n'est pas une raison qui puisse empêcher une victime d'être indemnisée sous la forme de dommages et intérêts..." 28/

Cette indemnisation, ajouta le surarbitre, n'est pas une "amende".

19) L'affaire du "Lusitania" ne doit pas être considérée comme une exception. Bien que le cas ne soit pas très fréquent, les tribunaux internationaux n'ont jamais manqué d'accorder une réparation pécuniaire lorsqu'ils l'estimaient nécessaire pour compenser le dommage moral subi par les particuliers 29/. Il ressort par conséquent de la pratique que les pertes morales (ou non patrimoniales) causées à des particuliers par un fait internationalement illicite doivent être réparées par voie d'indemnisation comme partie intégrante du dommage principal subi par l'Etat lésé. La Commission s'est néanmoins abstenue de prévoir expressément à l'article 8 l'indemnisation du dommage moral causé aux ressortissants de l'Etat lésé puisque la relation

28/ Ibid., p. 33.

29/ On peut citer comme exemples l'affaire "Chevreau" (sentence du 9 juin 1931 (France c. Royaume-Uni) [Nations Unies, Recueil, vol. II, p. 1113 et suiv.]), l'affaire "Gage" (sentence rendue en 1903 par la Commission mixte des réclamations américano-vénézuélienne (ibid., vol. IX, p. 226 et suiv.)) et l'affaire "Di Caro" (sentence rendue en 1903 par la Commission mixte des réclamations italo-vénézuélienne (ibid., vol. X, p. 597 et 598)). Dans cette dernière affaire, qui concernait le meurtre d'un commerçant italien au Venezuela, la Commission mixte des réclamations italo-vénézuélienne tint compte non seulement de la perte financière éprouvée par la veuve, mais aussi de la commotion qu'elle avait subie et de la perte de l'affection, du dévouement et de la compagnie de son mari (ibid., p. 598).

L'affaire des Héritiers de Jean Maninat offre un autre exemple évident d'indemnisation du dommage moral subi par un particulier (sentence rendue le 31 juillet 1905 par la Commission mixte des réclamations franco-vénézuélienne [ibid., p. 55 et suiv.]). Rejetant la demande d'indemnisation du préjudice matériel (économique), dont il jugeait l'existence insuffisamment établie, le surarbitre accorda à la soeur de Jean Maninat, victime d'une agression, une somme d'argent à titre de réparation pécuniaire pour le décès de ce dernier. Il faut également citer l'affaire "Grimm", jugée par le Tribunal des réclamations irano-américain, ou, du moins, la partie de la sentence de ce tribunal qui semble se rapporter aux dommages moraux et considérer en principe que ceux-ci peuvent faire l'objet d'une indemnisation (sentence du 18 février 1983 [International Law Reports, vol. 71, p. 650 et suiv., notamment p. 653]).

entre cet Etat et ses nationaux est une règle primaire qui n'a pas sa place dans le présent contexte.

20) A la lumière de ce qui précède, l'expression "dommage susceptible d'évaluation économique" recouvre à la fois :

- i) le dommage causé au territoire de l'Etat en général, à son organisation au sens large du terme, à ses biens, sur son territoire comme à l'étranger, à ses installations militaires, locaux diplomatiques, navires, aéronefs, engins spatiaux et ainsi de suite (soit le dommage "direct" causé à l'Etat) 30/; et
- ii) le dommage causé à l'Etat à travers la personne physique ou morale de ses ressortissants ou de ses agents (soit le dommage "indirect" causé à l'Etat) 31/.

21) Cette dernière catégorie de dommages englobe à la fois la perte d'ordre "patrimonial" subie par des personnes privées, physiques ou morales, et le dommage "moral" subi par ces parties. Elle comprend aussi, a fortiori, les

30/ On trouve des exemples de dommage "direct" causé à l'Etat notamment dans l'affaire du Détroit de Corfou (fond), CIJ Recueil 1949, p. 4, et dans l'affaire relative au Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, CIJ Recueil 1980, p. 3. Parmi les auteurs, voir en particulier Brownlie, op. cit. (supra, note 18), p. 236 à 240.

31/ Le fait que le dommage subi par l'Etat à travers ses ressortissants - et on ajoutera à travers ses agents agissant en tant que personnes privées - est un dommage "direct" causé à l'Etat lui-même, bien qu'il soit fréquemment qualifié de dommage "indirect", est expliqué magistralement par Reuter :

"[...] L'Etat moderne socialise tous les patrimoines privés par l'impôt, comme il socialise une partie des dépenses privées par la prise en charge des dépenses de santé ou d'une partie des risques attachés à l'existence humaine. D'une manière plus générale, il y a désormais une véritable reprise par l'Etat de tous les éléments de la vie économique. Tous les biens et toutes les recettes, toutes les dettes et toutes les dépenses même d'un caractère privé sont repris en écriture dans une comptabilité nationale dont les enseignements sont un des instruments de la politique économique de tous les gouvernements et subissent ainsi son emprise.

Aujourd'hui par conséquent on ne saurait plus dire que c'est par un mécanisme purement formel que les dommages subis par des particuliers sont attribués à l'Etat*; économiquement, il en est bien ainsi : c'est la Nation représentée par l'Etat qui subit, au moins pour une part, la charge de toute perte subie en premier lieu par un particulier."
(P. Reuter, "Le dommage comme condition de la responsabilité internationale", Estudios de Derecho Internacional : Homenaje al Profesor Miaja de la Muella [Madrid, Tecnos, 1979), vol. II, p. 841 et 842.

dommages "personnels" - autres que les dommages d'ordre "moral" - causés auxdites parties privées par l'acte illicite. Il s'agit, en particulier, de préjudices tels que la détention injustifiée ou toute autre restriction à la liberté, la torture ou autre préjudice physique causé à la personne, la mort, et ainsi de suite.

22) Les préjudices relevant de la seconde catégorie, dans la mesure où ils sont susceptibles d'être évalués en termes économiques, sont traités par la jurisprudence internationale et la pratique des Etats selon les règles et les principes applicables à l'indemnisation du dommage matériel causé à l'Etat. On constate, en fait, une tendance très nette à étendre à cette catégorie de préjudices "personnels" le traitement accordé aux dommages strictement "patrimoniaux". La mort d'un particulier ressortissant de l'Etat concerné en est un exemple typique. La jurisprudence semble indiquer que, dans un tel cas, l'indemnité accordée est destinée à compenser la perte économique subie, du fait du décès, par la ou les personnes qui étaient en quelque sorte en droit de considérer l'existence du défunt comme une "source" de biens ou de services susceptibles d'une évaluation économique. Il convient de rappeler à ce propos les deux premières observations faites par le surarbitre dans l'affaire du "Lusitania", à savoir que le montant de l'indemnisation des préjudices subis en cas de décès devait être calculé sur la base des sommes : "a) que le décédé, s'il n'avait pas été tué, aurait probablement versées au réclamant" et "b) de la valeur pécuniaire qu'auraient représentée pour ce réclamant les services personnels du décédé dans le soin, l'éducation ou la direction du réclamant" 32/. C'est, de toute évidence, cette conception de la réparation que la CIJ avait adoptée dans l'affaire du Détroit de Corfou entre le Royaume-Uni et l'Albanie 33/. La Cour avait fait droit à la demande d'indemnités présentée par le Royaume-Uni pour les décès survenus parmi le personnel naval et pour les blessures infligées à ce personnel et lui avait accordé une somme représentant "les dépenses résultant des pensions et indemnités allouées par lui aux victimes ou à leurs ayants droit, ainsi que

32/ Les parties privées comprennent, outre les ressortissants de l'Etat, les agents de l'Etat dans la mesure où ils sont affectés dans leurs intérêts privés par le fait internationalement illicite.

33/ Arrêt du 15 décembre 1949 (fixation du montant des réparations), CIJ Recueil 1949, p. 244.

des frais d'administration, de traitements médicaux, etc." 34/. L'affaire du Détroit de Corfou montre que l'indemnisation est accordée, non seulement en cas de mort, mais aussi en cas de préjudice physique ou psychologique. Parmi les nombreuses affaires analogues, l'affaire William McNeil 35/ est généralement considérée comme un exemple classique de cette conception des dommages "personnels". Dans cette affaire, le préjudice personnel consistait en une longue et grave dépression nerveuse dont un ressortissant britannique avait souffert à la suite du traitement cruel et psychologiquement traumatisant que lui avaient infligé les autorités mexicaines pendant qu'il était en prison. La Commission de réclamations anglo-mexicaine déclara :

"[...] Il est facile de comprendre que ce traitement ait causé les graves troubles nerveux, dont tous les témoins ont fait état. Il est également évident que l'intéressé a dû mettre beaucoup de temps à surmonter suffisamment sa dépression nerveuse pour pouvoir reprendre son travail et qu'il a dû faire pour cela de très grosses dépenses." 36/

23) Ayant noté qu'après son rétablissement McNeil avait exercé une profession assez lucrative, la Commission estima que "l'indemnité à accorder au réclamant [devait] tenir compte de sa situation et correspondre à l'étendue et à la gravité du préjudice personnel qu'il [avait] subi" 37/. Ce type de raisonnement a parfois été utilisé par les tribunaux dans des affaires où le préjudice personnel était causé par une détention illicite. Dans les cas de détention prolongée, en particulier, les tribunaux ont pu calculer le montant de l'indemnité sur la base de l'évaluation économique du dommage effectivement causé à la victime. C'est ce qui s'est passé, par exemple, dans l'affaire du Topaze, réglée en 1903 par la Commission mixte des réclamations anglo-vénézuélienne. Vu la personnalité et la profession des victimes privées, la Commission mixte décida d'accorder à chaque partie lésée une somme de 100 dollars par jour pour toute la période pendant laquelle elle avait été détenue 38/. La même méthode fut suivie dans l'affai Faulkner par la

34/ Ibid., p. 249.

35/ Sentence rendue le 19 mai 1931 par la Commission des réclamations anglo-mexicaine (Nations Unies, Recueil, vol. V, p. 164 et suiv.).

36/ Ibid., p. 168.

37/ Ibid.

38/ Ibid., vol. IX, p. 387 et suiv., notamment p. 389.

Commission générale des réclamations américano-mexicaine, à cette différence près que, cette fois-là, le taux journalier de l'indemnité fut estimé à 150 dollars pour tenir compte de l'inflation 39/.

24) Aux termes du paragraphe 2 de l'article 8, l'indemnisation "peut comprendre des intérêts". L'expression montre bien qu'il n'y a ni droit automatique à des intérêts ni présomption en la matière en faveur de l'Etat lésé. Cependant, la Commission admet l'idée que la "réparation intégrale" exige dans la plupart des cas le paiement d'intérêts 40/, méthode qui semble être la plus fréquente en cas de préjudice pour immobilisation temporaire du capital. Comme l'a dit un auteur :

"... les intérêts, expression de la valeur de l'usage de l'argent, ne sont pas autre chose qu'un moyen offert au juge de déterminer forfaitairement le préjudice qu'entraîne pour un créancier

l'indisponibilité d'un capital pendant un laps de temps donné." 41/

25) La pratique internationale semble favorable à l'allocation d'intérêts s'ajoutant au principal de l'indemnité. Le seul cas dans lequel un tribunal ait refusé d'allouer des intérêts pour des raisons de principe (et non en

39/ Sentence du 2 novembre 1926 (Ibid., vol. IV, p. 67 et suiv., notamment p. 71).

40/ La doctrine est divisée sur ce point. Certains auteurs contestent que le versement d'intérêts puisse faire l'objet d'une obligation internationale (voir par exemple Anzilotti, "Sugli effetti dell'inadempienza di obbligazioni internazionali aventi per oggetto una somma di danero", Rivista di diritto internazionale (Rome), vol. VII (1913), p. 61; K. Strupp, "Das Völkerrechtliche Delikt, Handbuch des Völkerrechts, F. Stier-Somlo ed. (Stuttgart, 1920), vol. III, 1ère partie, a, p. 212; P. Guggenheim, Traité de droit international public (Genève, Georg, 1954), vol. II, p. 73; et Morelli, Nozioni di diritto internazionale, 7ème édition (Padoue, CEDAM, 1967), p. 358. D'autres sont d'avis contraire (par exemple Lapradelle, commentaire sur l'affaire Dundonald (Lapradelle-Politis, vol. III, p. 456 et suiv.); Salvioli, op. cit. (voir supra, note 13), p. 278 et 279; Rousseau, Droit international public, vol. V, Les rapports conflictuels (Paris, Sirey, 1983), p. 13; Schoen, "Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen", Zeitschrift für Völkerrecht (Breslau), vol. 10, supplément No 2 (1917), p. 128 et 129; Personnaz, op. cit. (voir supra, note 7), p. 186; Graefrath, op. cit. (voir supra, note 6), p. 98; et Nagy, op. cit. (voir supra, note 5), p. 182 et 183.

41/ J.L. Subilia, L'allocation d'intérêts dans la jurisprudence internationale (thèse, Université de Lausanne), (Lausanne, Imprimerie vaudoise, 1972), p. 142.

raison des faits de l'espèce) semble être l'affaire Montijo 42/. Comme exemples de la jurisprudence prédominante, on peut citer l'affaire Illinois Central Railroad Co. 43/, l'affaire Lucas 44/, et la Décision administrative No III de la Commission mixte des réclamations germano-américaine, du 11 décembre 1923 45/.

26) Conformément à l'opinion généralement admise qui veut que l'allocation d'intérêts, bien que normalement justifiée, dépende des faits de chaque espèce, la Commission considère que la fixation du dies a quo et du dies ad quem aux fins du calcul des intérêts, le choix du taux d'intérêt et l'allocation d'intérêts cumulés sont des questions à résoudre en fonction des particularités de chaque cas. Cette position lui paraît justifiée par la diversité des solutions proposées par la doctrine ou adoptées dans la pratique judiciaire. C'est donc au juge ou à la tierce partie chargée du règlement du différend qu'il reviendra de décider dans chaque cas s'il doit y avoir ou non versement d'intérêts, compte tenu du principe de la "réparation intégrale" qui est énoncé à l'article 6 bis.

27) Ce qui vient d'être dit s'applique également à l'indemnisation pour manque à gagner, même si le paragraphe 2 de l'article 8 tient compte, en ajoutant dans ce cas l'expression "le cas échéant", du fait que l'indemnisation du lucrum cessans n'est pas aussi universellement acceptée dans la doctrine et la pratique que la réparation du damnum emergens.

28) Les principaux problèmes que pose le lucrum cessans sont le rôle du lien de causalité et la juste évaluation du manque à gagner à indemniser, surtout dans le cas des actes illicites affectant des droits de propriété ou des entreprises industrielles ou commerciales en activité.

42/ Sentence du 26 juillet 1875 (Etats-Unis d'Amérique c. Colombie) (Moore, Digest, vol. II, p. 1421 et suiv.).

43/ Sentence du 6 décembre 1926 (Organisation des Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales internationales, vol. IV, p. 134 et suiv.).

44/ Sentence du 11 juillet 1957 (International Law Reports, vol. 30 (1966), p. 220 et suiv.).

45/ Organisation des Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales internationales, vol. VII, p. 66 à 68.

29) Sur le premier point, la doctrine prévalante, écartant notamment la thèse adoptée par la cour d'arbitrage dans l'affaire de l'Alabama 46/ selon laquelle "les profits éventuels ne sauraient faire l'objet d'aucune compensation, puisqu'il s'agit de choses futures et incertaines" 47/, considère que le juge n'a pas besoin, pour accorder une indemnisation, d'avoir la certitude que le préjudice dépend d'un acte illicite donné :

il suffit - surtout pour ce qui est du lucrum cessans - qu'il puisse présumer que, dans le cours ordinaire et normal des choses, la perte identifiée ne se serait pas produite si le fait illicite n'avait pas eu lieu 48/.

30) La plupart des décisions de justice semblent également favorables à l'idée que le lucrum cessans est en principe susceptible d'indemnisation. La sentence rendue dans l'affaire du Cape Horn Pigeon 49/ en est un exemple classique. La Russie ayant admis sa responsabilité dans cette affaire, qui portait sur la saisie d'un baleinier américain, l'arbitre, à qui il ne restait qu'à fixer le montant de l'indemnisation, a décidé que cette indemnisation devait être suffisante pour couvrir non seulement le dommage réel déjà occasionné, mais aussi les profits dont la partie lésée avait été privée à cause de cette saisie. On trouve cependant des conclusions diamétralement opposées dans l'affaire Canada 50/ et dans l'affaire Lacaze 51/. Le lucrum cessans a également joué un rôle dans l'affaire de l'Usine de Chorzow

46/ Sentence du 14 septembre 1872 (Etats-Unis d'Amérique c. Grande-Bretagne) (Moore, Digest, vol. I, p. 653 et suiv.).

47/ Ibid., p. 658.

48/ Voir dans ce sens Salvioli, op. cit. (voir supra, note 7), p. 256 et 257; Bollesker-Stern, op. cit. (voir supra, note 7), p. 199; Reitzer, op. cit. (voir supra, note 5), p. 188 et 189; Eagleton, op. cit. (voir supra, note 2), p. 197 à 203; et Jimenez de Arechaga, op. cit. (voir supra, note 2), p. 569 et 570.

49/ Sentence du 29 novembre 1902 (Etats-Unis d'Amérique c. Russie) (Etats-Unis, Recueil des sentences arbitrales internationales, vol. IX, p. 63 et suiv.). On trouve des conclusions analogues dans l'affaire Delagoa Bay Railway (Martens, Nouveau Recueil, 2ème série, vol. XXX, p. 329 et suiv.), dans l'affaire William Lee (sentence rendue le 27 novembre 1867 par la Commission mixte de Lima (Moore, Digest, vol. IV, p. 3405 à 3407)) et dans l'affaire Yuille Shortridge and Co (voir supra, note 22).

50/ Sentence du 11 juillet 1870 (Etats-Unis d'Amérique c. Brésil) (Moore, Digest, vol. II, p. 1733 et suiv.).

51/ Ibid., p. 1746.

(fonds), où la CPJI a décidé que la partie lésée devait recevoir une indemnité correspondant à la valeur que les biens perdus avaient, non pas au moment de l'expropriation, mais au moment de l'indemnisation 52/.

31) Quant à la question de la juste évaluation des pertes à indemniser, on constate que deux méthodes sont très fréquemment employées pour déterminer le lucrum cessans : le système d'évaluation in abstracto, et le système in concreto. Le système in abstracto, qui est le plus courant, consiste à affecter des intérêts au montant de l'indemnité fixée pour le dommage principal 53/. Il arrive aussi que l'on ait recours à d'autres critères que les intérêts dans le cas des activités commerciales : montant des profits réalisés par la même personne physique ou morale au cours de la période précédant le fait illicite, ou bien montant des profits réalisés pendant la même période par des entreprises similaires. Quant au système in concreto, il est appliqué quand l'évaluation "se fonde sur les faits de la cause, sur les profits que l'entreprise ou le bien affecté aurait permis de réaliser pendant la période en question" 54/.

52/ CPJI, Série A, No 17, p. 47 et 48. La Cour a assorti sa décision des considérations suivantes :

"... Il y a donc lieu de faire abstraction, jusqu'à un certain point, des profits éventuels, car ils se trouveront être compris dans la valeur hypothétique ou réelle de l'entreprise au moment actuel. Si, cependant, de la réponse que les experts donneront ... il devait résulter qu'après compensation des déficits des années pendant lesquelles l'usine a fonctionné à perte et après application aux dépenses d'entretien et d'amélioration normale pendant les années suivantes il reste une marge de profits, le montant de cette marge devrait être additionné à l'indemnité à allouer." (p. 53) (souligné par nous)

53/ Un exemple typique en est l'affaire Fabiani; sentence du 30 décembre 1896 (France c. Venezuela) (Martens, Nouveau Recueil, 2ème Série, vol. XXVII, p. 663 et suiv.), où l'arbitre a accordé pour le lucrum cessans une somme forfaitaire qui était approximativement le double du montant qu'auraient représenté des intérêts cumulés.

54/ Gray, op. cit. (voir supra, note 6), p. 26. On peut citer comme exemple l'affaire Cheek (Etats-Unis c. Siam, sentence du 21 mars 1898) (Moore, Digest, vol. V, p. 5068), où l'arbitre avait expressément accordé des indemnités afin de rétablir autant que possible le patrimoine de la partie lésée dans l'état où il se serait trouvé si le fait illicite n'avait pas été commis, ce qui l'avait obligé à se livrer à des calculs et à des évaluations complexes pour arriver à "un chiffre probable pour le gain manqué".

32) Le calcul du lucrum cessans comporte naturellement des choix extrêmement difficiles dans les cas où la réparation est due pour l'expropriation illicite d'un bien étranger représentant la totalité ou une partie d'une entreprise industrielle ou commerciale en activité. Lorsqu'on analyse la pratique en la matière, il faut tenir compte aussi, dans une certaine mesure, de la partie de la jurisprudence internationale qui a trait aux expropriations licites d'entreprises en activité. La nécessité de se prononcer sur l'illicéité alléguée par le propriétaire dépossédé a amené, en fait, les organes d'adjudication à formuler des considérations intéressantes sur les principes régissant l'indemnisation - et notamment l'indemnisation pour gain manqué - en cas d'expropriation illicite.

33) Le précédent le plus fréquemment évoqué est l'arrêt de la CPJI dans l'affaire de l'Usine de Chorzów (fond), dans laquelle la nécessité de déterminer les conséquences de l'expropriation illicite par la Pologne de biens appartenant à des sociétés allemandes procédait précisément d'une distinction nette et sans ambiguïté entre l'expropriation licite et l'expropriation illicite 55/. C'est après avoir formulé cette distinction (et en partant de l'hypothèse que l'affaire dont elle était saisie était une affaire d'expropriation illicite) que la CPJI avait énoncé le fameux principe de la réparation intégrale, selon lequel la partie lésée avait droit au rétablissement de la situation qui, selon toute probabilité, aurait existé si l'acte illicite n'avait pas été commis. En bref, la Cour avait appliqué le principe de la réparation intégrale, au sens littéral et large de restitutio in integrum, par opposition au sens technique et étroit de naturalis restitutio dans lequel cette expression est parfois utilisée. Selon la Cour, la réparation intégrale peut se faire de différentes manières. Chaque fois que la chose est possible, il faut appliquer la naturalis restitutio (restitution en nature) ou restitutio in integrum stricto sensu. Lorsque ce remède n'assure pas la réparation intégrale (à savoir la restitutio in integrum au sens littéral et large du terme), il faut recourir à l'indemnisation dans la mesure nécessaire pour compenser toute perte qui n'a pas été couverte, jusqu'à concurrence du montant voulu pour obtenir la réparation intégrale (v. supra, par. 66).

55/ CPJI, Série A, No 17, p. 46-47.

34) C'est sur le même principe que la Cour permanente d'arbitrage a fondé sa décision dans l'affaire relative à la Concession des phares de l'Empire ottoman 56/. Compte tenu de l'activité qui faisait l'objet du contrat et de l'impossibilité d'évaluer la concession (à la date de l'expropriation) "sur la base des amortissement résiduels des constructions", le tribunal a jugé que la partie lésée avait droit à une indemnité équivalant au profit que la concession aurait permis à la société de réaliser pendant le reste de la durée du contrat. Il semble toutefois que cette interprétation du principe de la réparation intégrale ait dépendu des circonstances particulières de l'affaire. Elle aurait notamment dépendu du fait que l'article du contrat envisageant la possibilité d'une "reprise" de la concession indiquait que, dans ce cas, l'Etat concédant devait payer au concessionnaire "toutes les indemnités qui auront été préalablement fixées par les parties elles-mêmes, ou, en cas de désaccord, par des arbitres" 57/. Dans le cadre d'un contrat de ce genre, tout différend concernant l'indemnisation devait nécessairement être réglé sur la base d'une décision prise par le tribunal arbitral dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire plutôt que sur la base d'un principe juridique objectif. Tout ce qu'on peut déduire de cette affaire, par conséquent, c'est que le tribunal a accordé une indemnité calculée sur la base de la capitalisation des futurs profits, cette somme représentant la "valeur de la concession en 1928" (à savoir la valeur que le Gouvernement grec était tenu de payer, aux termes du contrat, au cas où il exercerait son droit de reprise).

35) C'est aussi sur le principe de la réparation intégrale que se fonde la décision rendue en 1963 dans l'affaire Sapphire International Petroleum Ltd. c. National Iranian Oil Company (NIOC), dans laquelle la partie lésée a obtenu une indemnisation à la fois pour la perte correspondant aux dépenses liées à l'exécution du contrat et pour la perte nette de bénéfices 58/. En ce qui concerne l'évaluation de ces profits perdus, l'arbitre a noté toutefois que c'était là "une question de fait qui doit être évaluée par l'arbitre", et, après avoir considéré toutes les circonstances, y compris "tous les risques inhérents à une opération dans une région désolée" et "les facteurs comme la

56/ Sentence du 24-27 juillet 1956 (France c. Grèce) (Nations Unies, Recueil..., vol XII, p. 155 et suiv.).

57/ Ibid., p. 299-350.

58/ Sentence du 12 avril 1977 (International Law Reports), vol. 35, 1967, p. 136 et suiv.).

guerre, les troubles, les crises économiques, la chute des prix, qui pouvaient affecter les opérations au cours des quelques dizaines d'années pendant lesquelles l'accord devait rester en vigueur" 59/, l'arbitre a accordé une indemnité pour perte de bénéfices d'un montant correspondant aux deux cinquièmes du montant réclamé par la société. Cette affaire montre que, si l'arbitre a incontestablement tenu compte du lucrum cessans dans l'indemnisation, il n'a indiqué aucune préférence de principe pour l'une ou l'autre des méthodes possibles d'évaluation.

36) Dans l'affaire LIAMCO c. Gouvernement lybien 60/, bien que s'agissant d'une expropriation licite à propos de laquelle il avait rejeté la demande de naturalis restitutio, l'arbitre a formulé certaines considérations sur les "cas d'appropriation illicite de biens". A ce sujet, l'arbitre a admis sans difficulté avec le réclamant qu'en cas de violation internationalement illicite d'un contrat de concession, le réclamant avait droit "au lieu et place de l'exécution, à des dommages-intérêts incluant le damnum emergens et le lucrum cessans" 61/. Mais, là encore, aucune précision n'a été donnée au sujet de la méthode à suivre pour évaluer le lucrum cessans dans des cas de ce genre. Il semble que l'affaire AMINOIL c. Koweït 62/ soit un peu plus instructive. L'expropriation a été considérée, là aussi, comme étant licite. Toutefois, lorsqu'il a abordé la question de la compensation à raison de la perte de bénéfices, le tribunal a déclaré que la méthode de l'actualisation des bénéfices nets, qui ne convenait pas pour le calcul de l'indemnisation des bénéfices perdus dans une affaire de reprise licite, pouvait être appliquée dans une affaire d'expropriation illicite - parce que, dans le cas d'une reprise illicite affectant de manière décisive les biens en cause, l'application d'une telle méthode assurerait une indemnisation globale susceptible de rétablir la situation qui aurait existé si l'acte illicite 63/ n'avait pas été commis. Cette position a été confirmée dans

59/ Ibid., p. 187 et 189.

60/ Sentence du 12 avril 1977 (ibid, vol. 62 (1982), p. 141 et suiv.).

61/ Ibid., p. 202-203.

62/ Sentence du 24 mars 1982 (International Legal Materials, vol. XXI (1982), p. 976 et suiv.).

63/ Ibid., p. 1 034-1 035.

l'affaire AMCO Asia Corporation c. Indonésie 64/ qui est une affaire de reprise illicite. Après avoir rappelé le principe selon lequel la réparation intégrale couvre à la fois le damnum emergens et le lucrum cessans - ce dernier ne devant pas excéder le "préjudice direct et prévisible" -, le tribunal arbitral a évalué la perte de bénéfices sur la base de l'actualisation des bénéfices nets, énonçant ainsi de manière encore plus explicite ce qui n'avait été mentionné qu'incidemment dans l'affaire AMINOIL, à savoir que l'actualisation des bénéfices nets devait être considérée comme l'une des méthodes les plus appropriées pour évaluer une entreprise en activité reprise illicitement 65/.

37) Cette dernière conclusion ne trouve toutefois pas de confirmation dans l'affaire Amoco International Finance Corporation c. Iran, en partie réglée par sentence rendue le 14 juillet 1987 par le Tribunal du contentieux irano-américain 66/, dont une partie est précisément consacrée aux effets de la licéité ou de l'illicéité de l'expropriation sur la norme choisie pour l'indemnisation 67/. En évaluant les arguments des parties, le tribunal a confirmé la distinction à faire entre expropriation licite et expropriation illicite, "étant donné que les règles applicables à l'indemnité à payer par l'Etat auteur de l'expropriation diffèrent en fonction du caractère juridique de la reprise" 68/. L'étude de cette affaire semble indiquer que le tribunal a vu une certaine contradiction entre, d'une part, l'évaluation du lucrum cessans dans le cas d'une reprise illicite (évaluation qui doit être limitée, dans tous les cas, aux profits perdus jusqu'au moment du règlement) et, d'autre part, le calcul des profits perdus sur la base d'une actualisation des bénéfices nets à la date initialement fixée pour la fin de la concession. Le tribunal n'est toutefois pas allé plus loin dans l'analyse de cette contradiction, et s'est borné à rejeter l'actualisation des bénéfices nets en tant que méthode applicable à l'affaire en question 69/. Dans l'affaire

64/ Sentence du 20 novembre 1984 (Ibid., vol. XXIV (1985), p. 1 022 et suiv.).

65/ Ibid., p. 1037, par. 271 de la sentence.

66/ Ibid., vol. XXVII (1988), p. 1 314 et suiv.

67/ Ibid., p. 81 et suiv., par. 189-206.

68/ Ibid., p. 82, par. 192.

69/ Ibid., p. 105, par. 240.

Starret Housing 69/bis d'autre part, le Tribunal n'a pas fait de distinction en fonction de la licéité de la reprise et a accordé une indemnisation pour les profits perdus. Dans l'affaire Phillips Petroleum Co. Iran v. Iran, le Tribunal a déclaré :

"Le Tribunal estime que la distinction entre reprise licite et reprise illicite, qui en droit international coutumier découle principalement de l'Affaire relative à l'usine de Chorzow (Demande d'indemnité) (Fond), CPJI Arrêt No 13, Série A, No 17 (28 septembre 1928), n'est pertinente que lorsqu'il faut déterminer si la restitution des biens peut être accordée ou si une indemnisation peut être accordée au titre de l'augmentation de la valeur des biens entre la date de la reprise et la date de la décision judiciaire ou arbitrale accordant indemnisation. L'arrêt précité ne permet pas d'affirmer que, parce que l'expropriation est licite, le montant de l'indemnisation doit être inférieur à la valeur des biens à la date de l'expropriation." 69/ter

38) Compte tenu de ces divergences d'opinion sur l'indemnisation du lucrum cessans, la Commission est arrivée à la conclusion qu'il serait extrêmement difficile d'arriver sur ce sujet à des règles précises susceptibles d'un large appui. Elle a donc jugé préférable de laisser au juge ou à la tierce partie chargés du règlement du différend le soin de décider dans chaque cas s'il convenait de prévoir une indemnisation pour perte de profits, l'élément décisif à retenir pour cette décision étant la nécessité de garantir la réparation intégrale du préjudice, conformément à l'article 6 bis.

69/bis Starret Housing Corp. v. Islamic Republic of Iran
(Affaire No 24), 14 août 1987, AWD 314-24-1 (1/8/87).

69/ter Phillips Petroleum Co. Iran v. Iran (Affaire No 39),
29 juin 1989, AWD 425-39-2.