



**Assemblée générale**

Distr.  
GÉNÉRALE

A/CN.4/507/Add.1  
15 juin 2000

Original : ANGLAIS et FRANCAIS

**Commission du droit international**  
**Cinquante-deuxième session**  
Genève, 1er mai-9 juin, 10 juillet-18 août 2000

**Troisième rapport sur la responsabilité des États**

**Présenté par M. James Crawford, Rapporteur spécial**

**Addendum**

**Table des matières**

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
II. Deuxième partie. Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État ( <i>suite</i> )		
B. Chapitre II. Les formes de la réparation		
1. Considérations générales.....	120-123	
2. Restitution.....	124-146	
a) Article 43 actuel.....	124-129	
b) Cessation, restitution et indemnisation : problèmes de classification et de priorité.....	130-143	
c) Les exceptions à la restitution.....	144	
d) La formulation de l'article 43.....	145-146	
3. Indemnisation.....	147-165	
a) Article 44 actuel.....	147-153	
b) La fixation de l'indemnisation : principe général ou critères détaillés ?.....	154-160	
c) Les limitations à l'indemnisation.....	161-164	
d) Conclusion.....	165-166	
4. Satisfaction.....	167-194	
a) Article 45 actuel.....	167-177	
b) La nature de la satisfaction comme mode de réparation.....	178-181	
c) Les formes spécifiques de satisfaction.....	182-192	
d) Les limitations à la satisfaction : article 45, paragraphe 3.....	193	
e) Conclusion sur l'article 45.....	194	

**Table des matières (suite)**

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
5. Intérêts.....	195-214	
a) La question des intérêts dans le projet d'articles .....	195-198	
b) Le rôle des intérêts dans le cadre de la réparation.....	199-212	
c) Une disposition sur les intérêts ?.....	213-214	
6. Atténuation de la responsabilité.....	215-222	
a) Faute contributive.....	216-221	
b) Atténuation du dommage.....	222	
7. Conclusions concernant la deuxième partie, chapitre II.....	223	

## II. Deuxième partie. Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État (suite)\*

### B. Chapitre II. Les formes de la réparation

#### 1. Considérations générales

120. Le chapitre II est actuellement intitulé "Droits de l'État lésé et obligations de l'État auteur du fait internationalement illicite". Un titre plus court et plus simple – "Les formes de la réparation" – pourrait être adopté. Il présente plusieurs autres avantages. Il permet notamment d'éviter de donner l'impression que les droits des "États lésés" sont dans tous les cas en corrélation stricte avec les obligations de l'État responsable<sup>212</sup>. Il correspond également à l'idée selon laquelle l'État responsable a, mis à part la cessation, une seule obligation générale consécutive à la commission d'un fait internationalement illicite – à savoir celle de fournir une réparation intégrale. Les formes que prendra la réparation dépendent des circonstances et sont successivement traitées dans le chapitre II ainsi que dans la deuxième partie *bis* proposée, relative à la mise en œuvre de la responsabilité.

121. Tel qu'adopté en première lecture, le chapitre II distinguait deux principes généraux (la cessation et la réparation), qu'il est à présent proposé d'inclure en tant que tels dans le chapitre premier, et quatre formes de réparation, la restitution, l'indemnisation, la satisfaction et les assurances et garanties de non-répétition (considérées cependant comme étant *sui generis*). Pour les raisons qui ont déjà été données, il est préférable de traiter des assurances et garanties comme d'un aspect de la cessation du fait illicite et de l'exécution future de l'obligation puisque, à l'instar de la cessation et non de la réparation, elles partent du postulat que la relation juridique qui a fait l'objet d'une violation se poursuit<sup>213</sup>. Trois formes majeures de réparation subsistent donc. Le Rapporteur spécial Arangio-Ruiz avait également proposé un article distinct relatif aux intérêts; la Commission y substitua une référence succincte dans l'article 44 (indemnisation). Le chapitre II devrait de surcroît aborder la question de la contribution à la faute, comprise auparavant dans l'article 42 (2)<sup>214</sup>.

122. À l'exception de la remarque générale selon laquelle la deuxième partie devrait être réorganisée "en fonction des choix faits dans la première partie"<sup>215</sup>, la conception et la structure de la deuxième partie n'ont pas fait l'objet de commentaires spécifiques de la part des gouvernements.

123. Considérant les dispositions qu'il est suggéré de transférer dans le chapitre premier de la deuxième partie, il apparaît que le chapitre II pourrait être constitué de dispositions traitant des questions suivantes :

- la restitution en nature (article 43 actuel);
- l'indemnisation (article 44 actuel);
- la satisfaction (article 45 actuel);
- l'atténuation de la responsabilité (article 42 (2) actuel);
- les intérêts (auxquels il est fait référence dans l'article 44, mais qui ne font pas l'objet d'un article distinct).

Un certain nombre d'autres questions se posent. Elles portent par exemple sur le choix des modes de réparation par la victime ou l'État lésé, sur l'effet du règlement d'une réclamation en responsabilité et sur l'existence éventuelle d'une règle interdisant le double recouvrement. Ces questions seront abordées dans le cadre de la deuxième partie *bis* proposée, relative à la mise en œuvre de la responsabilité.

#### 2. Restitution

##### a) Article 43 actuel

124. L'article 43 dispose :

---

\* Le Rapporteur spécial tient à remercier Pierre Bodeau, Jacqueline Peel, John Barker et Petros Mavroidis pour leur aide dans la préparation de ce rapport.

<sup>212</sup> Voir *supra*, par. 84.

<sup>213</sup> Voir *supra*, par. 54.

<sup>214</sup> Voir *supra*, par. 19 et 33.

<sup>215</sup> A/CN.4/496, p. 16, par. 108.

"Restitution en nature"

L'État lésé est en droit d'obtenir de l'État qui a commis un fait internationalement illicite la restitution en nature, c'est-à-dire le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution en nature :

- a) n'est pas matériellement impossible;
- b) n'entraîne pas la violation d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général;
- c) n'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage que l'État lésé gagnerait en obtenant la restitution en nature plutôt que l'indemnisation; ou
- d) ne menace pas sérieusement l'indépendance politique ou la stabilité économique de l'État qui a commis le fait internationalement illicite, alors que l'État lésé ne serait pas affecté dans la même mesure s'il n'obtenait pas la restitution en nature."

Le chapitre II part de l'idée que la restitution en nature (ci-après simplement dénommée restitution) est la forme première de la réparation. L'article 43 définit la restitution de manière relativement large comme le "rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis" et se poursuit par l'énumération de quatre hypothèses exceptionnelles où la restitution n'est pas requise. Bien que cela ne soit pas exprimé avec autant de mots, l'intention était de permettre à l'État lésé de choisir une indemnisation ou une satisfaction plutôt qu'une restitution : cette position est reflétée par l'expression de la restitution comme un droit à la disposition de l'État lésé. Cela ne permet pas néanmoins de traiter du problème de la pluralité d'États lésés ou du cas (certainement rare) où l'État lésé ne dispose pas d'une telle option. Cette dernière éventualité est envisageable par exemple dans les situations qui concernent la détention de personnes ou la prise illicite d'un territoire.

125. Le commentaire de l'article 43 décrit la restitution comme "le premier des modes de réparation dont dispose un État lésé par un fait internationalement illicite"<sup>216</sup>. Il souligne que le mot "restitution" est parfois employé comme équivalent, en réalité, à la réparation intégrale mais en privilégie une acception plus étroite et orthodoxe, celle du "moyen d'établir ou de rétablir la situation qui existerait ou qui aurait existé si l'acte illicite n'avait pas été commis". Dès lors, pour parvenir à une restitution, il suffit de se poser une question de fait – quel était le *statu quo ante* ? – et non une question plus abstraite et théorique – quelle aurait été la situation si le fait illicite n'avait pas été commis<sup>217</sup> ?

126. Le commentaire se poursuit par l'affirmation ferme de "[l]a primauté logique et chronologique de la restitution en nature" sur la réparation par équivalent, c'est-à-dire l'indemnisation. Il souligne cependant que l'État lésé choisira fréquemment de recevoir une indemnisation plutôt qu'une restitution et que l'indemnisation est en fait "le mode de réparation le plus fréquent". Cette souplesse existant en pratique doit être reconnue mais également conciliée avec l'affirmation selon laquelle la restitution est la première forme de réparation<sup>218</sup>. Selon le commentaire, la possibilité pour l'État lésé de demander ou d'accepter l'indemnisation plutôt que la restitution semble être le meilleur moyen pour parvenir à concilier ces deux propositions<sup>219</sup>. Le commentaire n'indique pas cependant quelle serait la situation s'il existait plusieurs États lésés, en désaccord sur le point de savoir s'il faut ou non insister sur l'obtention de la restitution. Il ne prévoit pas non plus explicitement la possibilité d'un choix; celui-ci apparaît implicitement par le fait que la restitution est traitée comme un droit de l'État lésé, que ce dernier peut ou non invoquer. Pourtant (et indépendamment des problèmes liés à l'existence de plusieurs États lésés), il peut y avoir des situations où l'État lésé n'est pas en droit de renoncer à la restitution. Ainsi, il est difficile de concevoir comment il pourrait être permis au gouvernement d'un État envahi et annexé en violation des règles relatives à l'usage de la force d'accepter une indemnisation plutôt que le retrait des forces d'occupation et des considérations similaires vaudraient pour le cas où le fait internationalement illicite a pris la forme de la détention forcée de personnes. Il est possible qu'en dernière analyse, de telles situations portent moins sur la restitution au sens strict que sur la cessation d'un fait illicite continu et que l'accent particulier mis sur la "restitution" dans de telles hypothèses provient davantage du droit de l'exécution que de celui de la réparation. Il semble clair qu'il ne peut y avoir d'excuse à l'absence d'exécution dans les

<sup>216</sup> Commentaire de l'article 43, par. 1, texte *in Ann. ... 1993*, vol. II (deuxième partie), p. 64-70.

<sup>217</sup> *Ibid.*, par. 2.

<sup>218</sup> *Ibid.*, par. 3.

<sup>219</sup> *Ibid.*, par. 4.

cas où un fait internationalement illicite continu constitue une violation d'une norme impérative du droit international général (dans l'hypothèse de l'occupation illicite d'un État par exemple). Il en va de même dans le cas d'une violation continue d'une obligation relative aux droits de l'homme à laquelle il ne peut être dérogé (par exemple entre les États parties à un traité sur les droits de l'homme). Mais les implications qu'ont ces limites sur la restitution au sens propre du terme n'ont été explorées ni dans le commentaire ni dans la doctrine.

127. Le commentaire aborde une autre question, celle de la distinction qui est parfois effectuée entre la restitution matérielle (par exemple le retour de personnes, d'une propriété ou d'un territoire) et la restitution juridique (par exemple l'abrogation de lois). La pratique étatique contient de nombreuses illustrations de ces deux hypothèses. Le retrait de l'Iraq du Koweït après l'invasion de 1990 est un exemple de restitution matérielle partielle, mais il fut également accompagné par des formes de restitution juridique, y compris l'abrogation du décret iraquien déclarant le Koweït province de l'Iraq. Il est aussi possible que des formes combinées de restitution soient négociées dans le cadre du règlement d'un différend, sans préjudice d'une quelconque admission de responsabilité : ainsi, le différend relatif à la saisie par le Canada d'un navire de pêche espagnol, l'*Estai*, a conduit à un règlement complexe<sup>220</sup>. Étant donnée qu'il existe une tendance à combiner des mesures de nature différente (juridique et factuelle) dans le cadre de la restitution, le commentaire conclut à l'inutilité d'effectuer une distinction formelle entre restitution "matérielle" et "juridique" dans l'article lui-même<sup>221</sup>. Il n'est pas non plus nécessaire que l'article traite expressément de la question de la restitution effectuée au plan juridique international, par exemple par l'annulation d'une réclamation internationale portant sur une compétence ou un territoire. Dans le cadre du règlement des différends, de telles mesures peuvent très bien être adoptées à travers l'octroi d'une déclaration déterminant la situation juridique véritable, même si, formellement, celle-ci ne sera contraignante que pour les parties à la procédure. Malgré les termes de l'article 59 du Statut de la Cour internationale de Justice, une telle déclaration peut tout à fait avoir pour effet pratique d'établir de manière plus générale la souveraineté de l'État en question sur son territoire, ou sa compétence sur des ressources maritimes<sup>222</sup>. Un statut juridique de ce genre est parfois considéré comme étant "opposable *erga omnes*", mais il ne doit pas y avoir de confusion avec la question des obligations *erga omnes*, qui a été abordée auparavant dans ce Rapport<sup>223</sup>. Le commentaire conclut...

"que tout ce que le droit international – et les organismes internationaux – peuvent normalement faire ou sont habilités à faire en ce qui concerne les actes, dispositions et situations juridiques internes, c'est de les déclarer contraires à des obligations internationales et, comme tels, sources de responsabilité internationale, et d'affirmer en outre qu'il y a une obligation de réparation, cette réparation requérant, le cas échéant, l'invalidation ou l'annulation d'actes de droit interne par l'État auteur lui-même. Quant à savoir s'il est possible à un tribunal international d'annuler directement des règles, actes, transactions ou situations juridiques internationaux aux fins de réparation sous la forme d'une *restitutio* en nature, la Commission incline à répondre par l'affirmative, mais elle observe que les effets des décisions des tribunaux internationaux étant normalement limités aux parties, tous actes ou situations dont les effets vont au-delà des relations bilatérales entre les parties ne peuvent être modifiés ou annulés que par les États eux-mêmes, sauf si les instruments pertinents en disposent autrement"<sup>224</sup>.

128. Le commentaire se poursuit par la discussion et la justification des quatre exceptions à la restitution posées dans l'article 43 tel qu'adopté en première lecture.

- L'impossibilité de la restitution peut être totale ou partielle et "dérive du fait que la nature de l'événement et de ses effets dommageables a rendu la *restitutio* physiquement impossible. Tel peut être le cas si l'objet à restituer

<sup>220</sup> Voir l'*Affaire de la compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, arrêt du 4 décembre 1998, par. 21. Le règlement intervenu entre le Canada et l'Union européenne prévoyait, *inter alia*, la libération du navire et de son capitaine, le retour de la garantie et l'abrogation des règlements canadiens applicables aux navires de la Communauté européenne pêchant le flétan du Groenland dans la zone de réglementation de l'OPANO. Les parties se mirent en outre d'accord sur l'application à titre provisoire de nouvelles mesures de conservation et d'exécution. A l'évidence, l'accord auquel étaient parvenus le Canada et l'Union européenne dans cette affaire n'a pas permis de résoudre complètement le différend : l'Espagne a poursuivi la procédure qu'elle avait intentée devant la Cour internationale de Justice, qui a cependant décidé qu'elle n'avait pas compétence en l'espèce.

<sup>221</sup> Commentaire de l'article 43, par. 7-8.

<sup>222</sup> Voir par exemple l'*Affaire du Statut juridique du Groenland oriental* (1933), C.P.J.I., série A/B, No 53.

<sup>223</sup> Voir *supra* les paragraphes 97, 106.

<sup>224</sup> Commentaire de l'article 43, par. 9.

a péri, s'il s'est irrémédiablement détérioré ou s'il s'est produit une altération de la situation de fait qui rend la *restitutio* physique impossible<sup>225</sup>."

- La deuxième "exception" a trait aux situations hypothétiques où la restitution impliquerait une violation d'une norme impérative du droit international général, bien qu'aucun exemple d'une situation de cette nature ne soit fourni (ou puisse aisément être concevable). Le commentaire limite ces cas d'"impossibilité juridique" aux violations de normes impératives, où la situation juridique créée concernera à l'évidence tous les États et non pas seulement ceux qui sont immédiatement touchés. Il distingue les cas où la restitution peut porter atteinte aux droits d'États tiers : "si l'État tenu à la *restitutio* doit pour y procéder manquer à l'une de ses obligations internationales vis-à-vis d'un État "tiers", cela n'affecte pas réellement la relation de responsabilité liant l'État auteur à l'État lésé habilité à demander la *restitutio* d'une part et à l'État "tiers" de l'autre<sup>226</sup>". Cela est bien sûr exact : l'État A peut être responsable vis-à-vis de l'État B pour une action prise conjointement avec l'État C, même si cette action prend la forme de la conclusion d'un traité bilatéral. Le problème ici n'a cependant pas trait à la responsabilité mais à la forme que la réparation devrait prendre, car l'accomplissement d'un acte juridique par l'État responsable peut ne pas permettre à celui-ci de fournir une restitution. Il est peut-être préférable de traiter de telles hypothèses sous la rubrique de l'impossibilité de la restitution. Ainsi dans l'affaire *El Salvador c. Nicaragua*, la conclusion d'un traité entre le Nicaragua et un États tiers (les États-Unis) fut considérée par la Cour interaméricaine de Justice comme une violation par le Nicaragua d'un engagement conventionnel qu'il avait pris antérieurement à l'égard du Salvador. Si la validité de l'accord ultérieur avait été reconnue, le Nicaragua n'aurait pas eu à lui seul le pouvoir d'y mettre un terme. En réalité, la Cour interaméricaine refusa de se prononcer sur la validité de cet accord et se contenta d'accorder une réparation déclaratoire<sup>227</sup>. Le commentaire souligne ensuite qu'un État ne peut faire raisonnablement obstacle à l'octroi d'une restitution en faisant appel au concept de domaine réservé<sup>228</sup> : cela paraît évident puisque, si la restitution est exigée par le droit international dans un cas donné, la question cesse par définition d'appartenir exclusivement au domaine réservé de l'État responsable<sup>229</sup>.
- La troisième exception concerne les cas où l'insistance sur la restitution par rapport à l'indemnisation serait en l'espèce disproportionnée. Selon le commentaire, cette exception "repose sur l'équité et le caractère raisonnable et vise à réaliser un équilibre équitable entre la charge que devra supporter l'État auteur pour assurer la restitution en nature et l'avantage que l'État lésé gagnerait en obtenant réparation sous cette forme précise plutôt que celle d'une indemnisation<sup>230</sup>". Le commentaire cite à l'appui l'*Affaire des Forêts du Rhodope central*, qui portait pourtant moins sur la charge excessive de la restitution que sur son caractère impossible ou difficile à réaliser en pratique<sup>231</sup> et qui ne représentait pas de toute façon un cas d'absence de proportion manifeste. En ce qui concerne le paragraphe c), le commentaire insiste néanmoins sur le fait que seule "une grave disproportion entre la charge que ce mode de réparation imposerait [à l'État responsable] et l'avantage que l'État lésé en tirerait" pourrait justifier le refus d'assurer une restitution<sup>232</sup>.
- La quatrième exception à la restitution implique un autre scénario "catastrophique", un peu à l'instar de la possibilité, envisagée au paragraphe 3 de l'article 42 tel qu'adopté en première lecture, que la réparation

<sup>225</sup> *Ibid.*, par. 11.

<sup>226</sup> *Ibid.*, par. 12.

<sup>227</sup> *AJIL (Supplément)*, 1917, vol. 11, pp. 3-13.

<sup>228</sup> Commentaire de l'article 43, par. 13.

<sup>229</sup> Indépendamment des problèmes liés au domaine réservé, il peut y avoir des cas les intérêts de la sécurité juridique ou les droits des tiers rendent la restitution effectivement impossible. Par exemple, l'octroi d'un contrat par un gouvernement à la société A, en violation des règles internationales sur les marchés publics, peut néanmoins effectivement créer des droits contractuels pour cette société. Dans ce cas, la restitution (au sens d'un nouvel octroi du contrat) pourrait être exclue.

<sup>230</sup> Commentaire de l'article 43, par. 14.

<sup>231</sup> *R.S.A.*, vol. III, p. 1405 (29 mars 1933); affaire citée dans le commentaire de l'article 43, par. 15. L'arbitre énuméra en l'espèce plusieurs raisons pour conclure que l'indemnisation était la seule forme de réparation pratiquement réalisable : parmi celles-ci, le fait que le demandeur n'était pas seul en droit de mener des opérations forestières mais qu'aucune réclamation n'avait été déposée par les autres personnes qui lui étaient associées, le fait que les forêts n'étaient plus dans la même condition qu'au moment de leur saisie, la difficulté de savoir si la restitution était possible sans mener au préalable une enquête détaillée sur leur condition, ainsi que le fait que la restitution pourrait porter atteinte aux droits que des tiers avaient acquis depuis la saisie (*ibid.*, p. 1432). La sentence privilégie une acception large de "l'impossibilité" de fournir la restitution.

<sup>232</sup> Commentaire de l'article 43, par. 16.

intégrale prive une population de ses propres moyens de subsistance<sup>233</sup>. Selon l'article 43 d) et son commentaire, l'État responsable ne doit pas assurer la restitution "si elle est de nature à menacer sérieusement son indépendance politique et sa stabilité économique, alors que le fait de ne pas obtenir la restitution en nature n'entraînerait pas d'effet comparable pour l'État lésé". Ici encore, aucun exemple n'est cité : l'hypothèse envisagée est considérée comme "très exceptionnelle [...]" et présente sans doute plus d'intérêt rétrospectivement qu'à l'heure actuelle<sup>234</sup>. Le commentaire traite ensuite des problèmes d'indemnisation lors des programmes de nationalisation des terres, souligne que la nationalisation générale à des fins publiques et sur une base non-discriminatoire est licite et que la question de l'indemnisation pour une nationalisation est régie par la règle primaire concernée; dès lors, dans les cas où l'absence d'indemnisation constitue un fait internationalement illicite, la réparation d'un tel manquement prendrait la forme du paiement d'une somme, incluant des intérêts, et non du retour de la propriété considérée<sup>235</sup>.

129. Dans leurs commentaires relatifs à l'article 43, les gouvernements expriment des doutes au regard de certaines des exceptions qu'il contient mais ne remettent pas en cause son bien-fondé général. Bien qu'ils soulignent qu'"en pratique l'indemnisation a priorité sur la restitution", les États-Unis reconnaissent que "la restitution en nature est depuis longtemps une des principales formes de réparation en droit international et [qu']elle joue un rôle particulier dans les cas où l'État fautif s'est illicitement emparé d'un territoire ou de biens ayant une valeur historique ou culturelle<sup>236</sup>". La France propose de substituant les mots "rétablissement de la situation antérieure" à l'expression "restitution en nature", au motif que celle-ci pourrait évoquer "la seule restitution d'un objet ou d'une personne<sup>237</sup>". Comme d'autres gouvernements, elle conteste certaines des exceptions comprises dans les alinéas a) à d), qui pourraient selon elle affaiblir la portée du principe général reflété dans le chapeau et favoriser outre mesure l'État responsable. Dans la lignée des objections qu'il a antérieurement formulées à l'égard du concept de *jus cogens*, le gouvernement français considère que l'alinéa b) devrait être supprimé; il lui est en outre difficile de comprendre "comment le retour au droit pourrait [...] être contraire à une 'norme impérative du droit international général'<sup>238</sup>". Les États-Unis ont également critiqué l'alinéa c), qui permettrait à l'État responsable d'éviter la restitution quand celle-ci serait appropriée ou préférable; partant, ce gouvernement demande une clarification de l'expression "une charge hors de toute proportion<sup>239</sup>". Mais ses préoccupations principales ont trait à l'alinéa d), qui devrait selon lui être supprimé. Même s'ils acceptent que cette disposition pourrait "n'avoir guère d'effets concrets puisqu'en pratique l'indemnisation a priorité sur la restitution", les États-Unis s'opposent à l'introduction de notions vagues "qui ne sont pas définies et n'ont aucun fondement établi dans la pratique internationale" et qui risquent "d'avoir des effets qui dépassent les dispositions de l'article 43<sup>240</sup>". Le Japon considère que les mots "ne menace pas sérieusement ... la stabilité économique" devraient être clarifiés pour éviter que l'État auteur du fait illicite n'en fasse un usage abusif, le paragraphe ne devrait cependant être supprimé qu'en dernier ressort dans la mesure où l'existence d'une telle disposition dans le projet d'articles est selon lui nécessaire<sup>241</sup>.

#### b) Cessation, restitution et indemnisation : problèmes de classification et de priorité

130. Le fait que la restitution soit reconnue comme une forme essentielle de réparation en droit international est indubitable et n'a été remis en question par aucun gouvernement. Les relations existant d'une part entre la cessation et la restitution et, d'autre part, entre la restitution et l'indemnisation, constituent un problème plus difficile. La différence entre cessation et restitution est davantage une question de principe : comme on l'a vu, la cessation peut donner lieu à une

<sup>233</sup> Voir *supra*, par. 38-42.

<sup>234</sup> Commentaire de l'article 43, par. 17.

<sup>235</sup> Dans de nombreux pays, des changements de politique à l'égard des programmes antérieurs de nationalisation des terres et la tendance à la privatisation ont entraîné au cours des dernières années des mesures de restitution des terres et d'autres propriétés à leurs anciens détenteurs. Ces programmes ont des caractéristiques spécifiques et n'impliquent pas en majorité une restitution au sens de l'article 43.

<sup>236</sup> A/CN.4/488, p. 114.

<sup>237</sup> *Ibid.*, p. 115; la même modification devrait être effectuée dans l'article 44, paragraphe 1 (*ibid.*, p. 117). Pour l'Ouzbékistan, il faudrait ajouter au chapeau de l'article une disposition indiquant que "si un État ne peut restituer les biens qui portent des marques distinctives, il est possible, sur la base d'un arrangement mutuel, de remplacer ces biens par d'autres biens de même nature ou équivalents" (*ibidem*).

<sup>238</sup> *Ibid.*

<sup>239</sup> *Ibid.*, p. 114. À l'inverse, la France semble implicitement appuyer cette disposition (*ibid.*, p. 115).

<sup>240</sup> *Ibid.*, p. 114; voir aussi les observations de la France (*ibid.*, p. 115) et, pour un point de vue similaire, le document A/CN.4/504, p. 20, par. 70.

<sup>241</sup> A/CN.4/492, p. 15.

obligation continue, à laquelle il est même impossible de déroger (dans certains cas), alors que le retour au *statu quo ante* s'avère lui difficilement réalisable. Quant à la relation existant entre restitution et indemnisation, la distinction est relativement claire : la restitution implique un retour au *statu quo ante*, c'est-à-dire une forme de restitution *in specie*, tandis que l'indemnisation est le paiement d'une somme ou la fourniture d'une autre valeur comme substitut à la restitution. La question ici est plutôt de savoir s'il est possible de maintenir la priorité de la restitution en principe, devant la prééminence générale de l'indemnisation dans la pratique des États et des tribunaux. Ces deux problèmes doivent donc être traités séparément.

#### Cessation et restitution

131. La question de la cessation – qui peut être décrite comme la restitution de l'exécution de l'obligation – a déjà été abordée<sup>242</sup>. Pour les raisons qui ont été données, la cessation devrait être considérée, avec la réparation, comme l'une des deux conséquences générales de la commission d'un fait internationalement illicite. Mais la différence existant entre elles n'est pas toujours claire.

132. Dans l'affaire du *Rainbow Warrior* par exemple, la Nouvelle-Zélande demandait le retour des deux agents sur l'île de Hao, dans la mesure où (comme le Tribunal l'avait considéré) les circonstances sur lesquelles la France s'appuyait pour justifier la poursuite de leur évacuation n'existaient pas ou n'étaient plus à l'œuvre. Selon la Nouvelle-Zélande, la France était donc dans l'obligation de les renvoyer et de les détenir sur l'île jusqu'à la fin du délai de trois ans; cette obligation n'avait pas expiré, le temps passé hors de l'île ne pouvant compter à cette fin. Le Tribunal exprima son désaccord sur ce point. De son point de vue, l'obligation valait pour une période fixe qui avait expiré et le problème de la cessation ne pouvait donc se poser<sup>243</sup>. Une question pourrait encore être soulevée : en postulant l'exactitude de cette opinion sur l'interprétation de l'obligation primaire, quel était le droit dont bénéficiait la Nouvelle-Zélande eu égard à la restitution ? La possibilité de la restitution n'est pas confinée en effet aux seuls cas où l'obligation violée est encore en vigueur (même si cela est vrai de la cessation). Le Tribunal évita de répondre à cette question, en considérant que la demande néo-zélandaise ne visait que la cessation. Pourtant, la Nouvelle-Zélande, alors qu'elle avait expressément renoncé à toute demande d'indemnisation, voulait le retour des deux agents sur l'île et ce, apparemment sous la forme d'une restitution, même si le Tribunal venait à conclure (comme il le fit) que les problèmes de cessation du comportement illicite ne se posaient plus.

133. À l'évidence, le Tribunal avait pour principale préoccupation de mettre un terme à un long différend d'une manière largement acceptable par les deux parties. Limité par la règle *ne ultra petita* et par le refus de la Nouvelle-Zélande d'accepter une indemnisation en lieu et place de l'exécution de l'obligation, le Tribunal ne tenait pas à examiner des arguments relatifs à l'exécution sous le couvert de la restitution. Mais l'on peut penser que le *statu quo ante* pour les deux agents – leur présence sur l'île sous la garde de l'armée – n'avait aucune valeur pour la Nouvelle-Zélande si la France n'avait pas l'obligation continue de les y maintenir. Le retour des deux agents sur l'île n'aurait alors été qu'une formalité vide de sens.

134. Deux leçons peuvent être tirées de cet épisode. En premier lieu, s'il peut être approprié (comme la France elle-même le propose<sup>244</sup>) de définir la restitution comme le "rétablissement de la situation antérieure" et non comme le simple retour de personnes, d'une propriété ou d'un territoire, le retour au *statu quo ante* peut avoir peu de valeur, voire aucune, si l'obligation violée ne reste pas en vigueur. Inversement, l'État lésé peut ne pas avoir le choix de renoncer à la restitution si l'exécution continue de l'obligation violée incombe à l'État responsable et si l'État lésé n'a pas le pouvoir (ou pas à lui seul) de le libérer de ce devoir d'exécution. Tant positivement que négativement, la distinction théorique entre cessation et restitution peut avoir d'importantes conséquences sur les obligations des États concernés et les choix de réparation qui leur sont ouverts. La seconde leçon à tirer est d'un caractère plus général : en pratique, les organes de règlement des différends agissent avec souplesse dans l'interprétation des positions des États parties et le choix d'un mode de réparation plutôt qu'un autre. Aucun corps de règles traitant des conséquences des faits internationalement illicites ne peut apparemment exclure une telle flexibilité, nonobstant la préférence catégorique qui peut être affirmée pour une forme de réparation sur une autre.

#### Restitution et indemnisation

135. Ce second point est également applicable à la question de la relation existant entre restitution et indemnisation. L'article 43 est relatif à la première des formes particulières de la réparation traitées dans le chapitre II. L'article 44 porte

<sup>242</sup> Voir *supra*, par. 44-52.

<sup>243</sup> *R.S.A.*, vol. XX, p. 217 (1990), cité *supra*, par. 47.

<sup>244</sup> *Supra*, par. 129.

ensuite sur l'indemnisation, mais seulement "si, et dans la mesure où, le dommage n'est pas réparé par la restitution en nature". De cela, il ressort clairement que la Commission a eu pour intention de poser fermement le principe de la priorité de la restitution sur l'indemnisation. Cette prise de position reflétait les vues du Rapporteur spécial de l'époque, M. Arangio-Ruiz, pour lequel "la restitution en nature prime tout autre mode de réparation *lato sensu* et, en particulier, la réparation par équivalent"<sup>245</sup>. Selon cette approche, l'État lésé peut insister pour obtenir une restitution et possède un droit à restitution à moins que l'une des exceptions énumérées dans l'article 43 ne s'applique. Cette conception a cependant été critiquée par un certain nombre de gouvernements et une partie de la doctrine<sup>246</sup> comme étant trop rigide et éloignée de la pratique. Elle diffère également de l'approche de la restitution adoptée dans certains systèmes juridiques internes<sup>247</sup>.

136. Dans l'*Affaire du passage par le Grand Belt (Finlande c. Danemark) (mesures conservatoires)*<sup>248</sup>, La Finlande demandait l'indication de mesures conservatoires pour empêcher la construction d'un pont sur le Grand Belt qui aurait selon elle limité le passage de navires de forage et de plates-formes pétrolières et ce, contrairement aux droits de libre transit que lui reconnaissait une série de traités. Dans sa réponse, le Danemark avançait *inter alia* que, même dans l'hypothèse où la construction du pont violerait les droits de transit de la Finlande, cela n'aurait lieu que de manière occasionnelle et ne concernerait qu'une faible proportion des navires empruntant le détroit. Dans la mesure où les droits de la Finlande pouvaient être protégés de manière adéquate par des moyens financiers et autres, une ordonnance en restitution constituerait une "charge excessive" pour le Danemark. En outre, si la Finlande n'avait pas le droit d'insister pour que le pont ne soit pas construit, *a fortiori* elle n'avait pas celui d'obtenir des mesures conservatoires.

137. La Cour refusa d'indiquer des mesures conservatoires. L'urgence n'était pas démontrée, puisque le passage ne serait pas limité dans les faits avant trois ans ou plus, durée pendant laquelle l'affaire pouvait faire l'objet d'une décision au fond. La Cour n'accepta pas néanmoins l'argument du Danemark relatif à l'impossibilité de la restitution. Soulignant que l'action d'une partie durant la procédure ne pouvait porter atteinte aux droits de l'autre partie, elle ajouta :

"la Cour n'a pas à ce stade à déterminer le caractère de toute décision qu'elle pourrait prendre sur le fond; [...] en principe cependant, s'il est établi que la construction d'ouvrages comporte une atteinte à un droit, on ne peut ni ne doit exclure a priori la possibilité d'une décision judiciaire ordonnant soit de cesser les travaux soit de modifier ou démanteler les ouvrages..."<sup>249</sup>.

138. Dans l'*Affaire relative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis) (Demande en indication de mesures conservatoires)*, Le Paraguay demandait et obtint l'indication de mesures conservatoires pour tenter d'éviter l'exécution d'Angel Breard, l'un de ses ressortissants condamnés pour meurtre. La réclamation du Paraguay était fondée sur le fait établi que les États-Unis avaient omis de lui signifier l'arrestation de Breard, en violation de l'exigence de notification posée dans l'article 36 (1) b) de la Convention de Vienne sur les relations consulaires<sup>250</sup>. Pour les États-Unis, aucune question de restitution ne pouvait surgir sur le fondement de la Convention; le Paraguay était seulement en droit d'obtenir des excuses et des assurances de non-répétition, qui lui avaient déjà été données. Le gouvernement américain avança notamment que "l'invalidation automatique des procédures engagées et le retour au *statu quo ante* comme sanctions du défaut de notification, non seulement ne trouvent aucun appui dans la pratique étatique, mais seraient impossibles à réaliser"<sup>251</sup>. Le Paraguay à l'inverse plaida la restitution complète : "toute responsabilité pénale imputée actuellement à M. Breard devrait en conséquence être reconnue comme nulle par les autorités légales des États-Unis

<sup>245</sup> Rapport préliminaire, *Annuaire... 1988*, vol. II (première partie), p. 38 (par. 114), avec des références à la doctrine classique. Plus loin, il souligne "la prédominance purement statistique de la réparation par équivalent ... et la primauté logique de la restitution en nature": *ibid.*, p. 42 (par. 131).

<sup>246</sup> Voir notamment C. Gray, "The Choice between Restitution and Compensation" (1999) *EJIL*, vol. 10, p. 413.

<sup>247</sup> Historiquement, les systèmes de *common law* appliquaient le seul mode des dommages-intérêts dans les affaires civiles n'impliquant pas le retour d'une propriété, avec quelques exceptions relatives à l'exécution spécifique et à d'autres formes de réparation choisies en équité. Cette situation est cependant en train de changer progressivement, du fait de la possibilité accrue de ressortir à ces différents modes de réparation et du développement du droit de la restitution. Sur l'exécution spécifique, voir par exemple *Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores Ltd.* [1998] A.C. 1. Sur la restitution, voir également *Kleinwort Benson Ltd. v. Glasgow City Council* [1999] 1 A.C. 153.

<sup>248</sup> *Rec. C.I.J. 1991*, p. 12.

<sup>249</sup> *Ibid.*, p. 19 (par. 31). Le Juge *ad hoc* Broms interpréta ce passage de l'Ordonnance comme un rejet de la "théorie danoise", aux termes de laquelle la Finlande n'aurait aucun droit à la restitution en nature, quand bien même elle l'emporterait au fond (*ibid.*, p. 30).

<sup>250</sup> *Rec. C.I.J. 1998*, p. 248.

<sup>251</sup> *Ibid.*, p. 254 (par. 18).

et [...] le *statu quo ante* devrait être rétabli pour que M. Breard puisse bénéficier des dispositions de la Convention de Vienne dans toute nouvelle procédure judiciaire qui pourrait être engagée contre lui<sup>252</sup>”.

139. Ici encore, la Cour refusa d’aborder la question de la relation existant entre le droit allégué et l’obtention d’une restitution. Pour la majorité, il suffit de souligner “qu’une telle exécution rendrait impossible l’adoption de la solution demandée par le Paraguay et porterait ainsi un préjudice irréparable aux droits revendiqués par celui-ci<sup>253</sup>”.

140. Des questions assez similaires sont apparues dans une autre affaire relative à la peine de mort et impliquant un défaut de notification consulaire, l’*Affaire LaGrand (Allemagne c. États-Unis)*<sup>254</sup>. Dans ce cas également, la Cour, agissant *ex parte* conformément à l’article 75 (1) de son Règlement, a indiqué des mesures conservatoires<sup>255</sup>. L’affaire demeure *sub judice*.

141. Ces exemples concernaient des requêtes en indication de mesures conservatoires, où il faut trouver un équilibre entre la protection des droits allégués (mais qui ne sont pas encore établis) par l’État demandeur et le respect de la position de l’État défendeur, dont il n’a pas été démontré, *ex hypothesi*, qu’il avait agi de manière illicite. Il y a néanmoins une différence entre ces affaires. Dans l’*Affaire du Grand Belt*, le droit dont on cherchait la protection était précisément celui qui devait faire l’objet de la phase au fond, c’est-à-dire le droit de libre passage des plates-formes par le Grand Belt. Dans cette perspective, la Cour refusa d’exclure la possibilité que la restitution soit le mode de réparation approprié (même si cela pouvait entraîner l’annulation ou une profonde modification du projet de pont<sup>256</sup>). Dans les affaires relatives à la peine de mort, la relation existant entre la violation de l’obligation de notification consulaire et la condamnation de la personne accusée était indirecte et contingente. Il aurait été tout à fait possible que le procès fût honnête et juste et que le défaut de notification n’eût aucun effet sur la condamnation. Les États-Unis avaient compétence pour juger les accusés d’un crime passible de la peine capitale et n’étaient partie à aucun instrument interdisant la peine de mort. Seul l’établissement d’un lien causal suffisant entre le défaut de notification par les États-Unis et le résultat du procès pouvait permettre de soulever la question de la restitution. Au moment du procès, une notification préalable était devenue impossible *en tant que telle*, puisque la période pour son exécution était dépassée et qu’aucune exécution ultérieure ne pouvait s’y substituer.

142. Ainsi, la nature de la restitution dépend, au moins dans une certaine mesure, du contenu de l’obligation primaire qui a été violée. Dans les cas qui n’impliquent pas seulement le retour de personnes, de biens ou de territoire appartenant à l’État lésé (restitution au sens strict), la notion de retour au *statu quo ante* doit être appliquée en considérant les droits et compétences respectifs des États concernés. Cela prend une importance particulière lorsque l’obligation en jeu est de nature procédurale et conditionne l’exercice de pouvoirs substantiels de l’État. Dans des cas de ce genre, la restitution, si tant est qu’elle soit possible, ne peut conduire à donner à l’État lésé après l’événement davantage que ce à quoi il aurait eu droit si l’obligation avait été exécutée. En d’autres termes, la notion de “*statu quo ante*” est relative et, si l’État défendeur avait pu atteindre de manière licite un résultat identique ou similaire en pratique sans violer l’obligation, la notion de retour *général* à la situation antérieure peut être exclue<sup>257</sup>.

143. De l’avis du Rapporteur spécial, ces limitations et interprétations du principe de la restitution peuvent être prises en considération par le biais d’une formulation précise de l’article 43 et des exceptions qui s’y trouvent, ainsi que par des explications appropriées dans le commentaire. La question est de savoir si, sur cette base, le principe de la primauté de la restitution doit être maintenu. Tout bien pesé, il le devrait. Il est vrai que la source qui est habituellement citée à l’appui de

<sup>252</sup> *Ibid.*, p. 256 (par. 30).

<sup>253</sup> *Ibid.*, p. 257 (par. 37). Le Juge Oda exprima son désaccord, bien qu’il eût voté avec la majorité “pour des raisons humanitaires” (*ibid.*, p. 262). Le Président Schwebel souligna lui l’importance du principe du respect des traités : “[l]e fait que des excuses ont été présentées et que des dispositions ont été prises au niveau fédéral pour éviter que de tels manquements ne se reproduisent ne présente aucune utilité pour l’accusé qui, selon le Paraguay, a subi ou a pu subir un préjudice parce qu’il n’a pu communiquer avec son consulat, ce qui soulève une question relevant du fond” (*ibid.*, p. 259).

<sup>254</sup> *Rec. C.I.J. 1999*, p. 9.

<sup>255</sup> Il faut souligner que, dans les deux affaires, les exécutions ont eu lieu malgré les Ordonnances. Voir “*Agora: Breard*” (1998) 92 *AJIL*, p. 666. L’affaire *Breard* a été ultérieurement rayée du rôle à la demande du Paraguay.

<sup>256</sup> L’obligation incombant au Danemark de permettre le transit par le Grand Belt (quelle que soit son étendue) était de caractère continu, si bien que le retrait de toute obstruction illicite aurait impliqué une cessation autant qu’une restitution. Voir *supra*, par. 45, 134.

<sup>257</sup> Ceci n’exclut pas néanmoins la possibilité que la procédure antérieure puisse être effectivement reproduite, si les circonstances n’ont pas changé à un tel point qu’elles rendent cette reproduction sans intérêt ou excessivement lourde. Ces éléments sont inclus dans les règles juridiques internes relatives à la restitution, dans le cadre de doctrines telles que la confiance ou le changement de position de bonne foi. De tels facteurs ont été pris en considération, au moins implicitement, dans le traitement des problèmes de restitution par la Cour internationale de Justice en l’*Affaire relative au projet de Gabcikovo-Nagykaros*, *Rec. C.I.J.*, 1997, p. 7.

cette primauté – l’affaire de l’*Usine de Chorzów*<sup>258</sup> - ne tranche pas la question, dans la mesure où, au moment de la décision, l’Allemagne demandait seulement une indemnisation et non le retour de la propriété. Il est également vrai que les cours et tribunaux ont hésité à octroyer des restitutions complètes et que la décision qui est peut-être la plus liée à l’idée de restitution – celle de l’arbitre unique Dupuy dans la sentence *Texaco*<sup>259</sup> - a fait l’objet de nombreuses critiques<sup>260</sup> et n’a pas été suivie dans les arbitrages mixtes ultérieurs<sup>261</sup>. Mais il s’agissait justement d’arbitrages mixtes, où le droit de domaine éminent de l’État responsable (et sa souveraineté sur ses ressources naturelles) doit être mis en balance avec les obligations qu’il a assumées pour la protection de ces ressources, par la voie conventionnelle ou autrement. Dans le cadre des relations interétatiques, la restitution joue un rôle vital en principe, notamment du fait du rapport étroit qu’elle entretient à la question de l’exécution des obligations internationales. La deuxième raison qui motive le maintien du principe tient au fait que peu de gouvernements réclament son abandon. Malgré les doutes qu’ont exprimés un ou deux d’entre eux<sup>262</sup>, l’article 43 tel qu’adopté en première lecture, qui manifeste une priorité limitée à la restitution, a été généralement bien reçu. Ainsi, la plupart des commentaires qui ont été faits visent à réduire le nombre et la portée des exceptions au principe plutôt qu’à le renverser. En troisième lieu enfin, l’abandon du principe exigerait de la Commission qu’elle élabore, dans le cadre d’une présomption juridique en faveur de l’indemnisation, les hypothèses où la restitution est requise à titre exceptionnel. Les États-Unis soulignent que la restitution est particulièrement importante dans les cas où un État "s’est illicitement emparé d’un territoire ou de biens ayant une valeur historique ou culturelle"<sup>263</sup>, mais elle n’est certainement pas limitée à ces hypothèses. En outre, choisir la forme d’une exception pourrait impliquer que, dans les cas qui ne sont pas couverts, les États peuvent, après l’événement, acheter la liberté de ne pas respecter leurs obligations internationales. Le principe de la priorité de la restitution devrait être maintenu et soumis à des exceptions définies.

**c) Les exceptions à la restitution**

144. Les quatre exceptions à la restitution formulées dans l’article 43 ont été décrites ci-dessus<sup>264</sup>.

- (a) Impossibilité matérielle. Il ne fait pas de doute que la restitution ne peut être exigée quand elle est devenue "matériellement" (c’est-à-dire en pratique) impossible; cette limitation est reconnue à la fois dans le *dictum* de l’*Usine de Chorzów*<sup>265</sup>, par le Tribunal dans l’Affaire des *Forêts du Rhodope central*<sup>266</sup>, ainsi que dans la doctrine. Elle n’est pas non plus mise en cause dans les commentaires des gouvernements.
- (b) Violation d’une norme impérative. De même, il ne fait aucun doute que la restitution ne peut être exigée si elle doit entraîner une violation d’une norme impérative (c’est-à-dire d’une norme de *jus cogens*). Comme la France le souligne<sup>267</sup>, la difficulté réside plutôt dans le fait de trouver des exemples réalistes. La question soulevée dans l’Affaire du *Cameroun septentrional*<sup>268</sup> pourrait en constituer un. Selon le Cameroun, l’administration du Cameroun septentrional par le biais d’une union administrative avec la colonie du Nigéria, ainsi que la tenue ultérieure d’un plébiscite distinct pour le Cameroun septentrional, constituaient une violation de l’accord de tutelle. Cet accord avait cependant pris fin avec l’approbation de l’Assemblée générale, afin que se réalisent les aspirations de la population telles qu’elles s’étaient exprimées. Celles-ci auraient pu dès lors être bafouées par une demande d’inversion de cette décision formulée sous la forme d’une restitution. Sans nul doute conscient de ces difficultés et d’autres problèmes, le Cameroun demanda simplement un jugement déclaratoire, que la Cour refusa de lui donner au motif que sa décision ne pourrait avoir d’effet juridique à l’endroit de l’État défendeur,

<sup>258</sup> C.P.J.I., Série A, No. 17 (1928), p. 47, citée *supra*, par. 24.

<sup>259</sup> *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, Sentence sur le fond, 19 janvier 1977, J.D.I., 1977, p. 507-508 (par. 109).

<sup>260</sup> Voir par exemple l’étude de la Banque mondiale, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment* (B.I.R.D., Washington, 1992) vol. I, p. 140. Pour une présentation équilibrée, voir R. Higgins, "The Taking of Property by the State", *Recueil des Cours*, t. 176, 1982, p. 314-321.

<sup>261</sup> *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic*, 12 avril 1977, *Revue de l’arbitrage*, 1980, p. 134. Voir aussi une décision prise antérieurement, *BP Exploration Company (Libya) Ltd. v. Government of the Libyan Arab Republic*, 10 octobre 1973 et 1<sup>er</sup> août 1974, *I.L.R.*, vol. 53, p. 354.

<sup>262</sup> Voir *supra*, paragraphe 129.

<sup>263</sup> A/CN.4/488, p. 114.

<sup>264</sup> Voir *supra*, par. 128.

<sup>265</sup> C.P.J.I., Série A, No. 17 (1928), p. 47 ("si elle n’est pas possible"); voir *supra*, paragraphe 24.

<sup>266</sup> *R.S.A.*, vol. III, p. 1405 (29 mars 1933); *supra*, par. 128.

<sup>267</sup> *Supra*, par. 129.

<sup>268</sup> *Rec. C.I.J.*, 1963, p. 16.

le Royaume Uni. La question de la violation d'une norme impérative ne fut ni abordée ni même soulevée<sup>269</sup>. De l'avis du Rapporteur spécial, la situation qui est envisagée dans l'article 43 b) est déjà couverte par l'article 29 *bis*. Comme cela a été souligné ci-dessus, les circonstances excluant l'illicéité (et parmi elles, l'existence d'un conflit avec une norme impérative du droit international général) sont également applicables aux obligations secondaires posées dans la deuxième partie, y compris à l'obligation de restitution<sup>270</sup>. Partant, l'article 43 b) est inutile et peut être supprimé<sup>271</sup>.

- (c) Restitution excessivement lourde. Selon l'article 43 c), la restitution peut ne pas être octroyée si l'avantage que gagnerait l'État lésé en l'obtenant (au lieu d'une indemnisation) est dépassé de manière substantielle par la charge qu'elle constituerait pour l'État responsable. Cette exception aurait pu par exemple s'appliquer dans l'affaire du *Grand Belt*<sup>272</sup> si le pont avait réellement été construit avant que la Finlande ne soulève le problème du droit de passage. Lorsque le coût que le démantèlement d'une structure représenterait pour l'État responsable est complètement disproportionné à l'avantage que le ou les États lésés en tireraient, la restitution ne devrait pas être exigée. Les États-Unis ne contestent pas le paragraphe c) mais demandent que les mots "une charge hors de toute proportion avec l'avantage que l'État lésé gagnerait" soient clarifiés. Mais, à l'instar d'autres expressions du principe de proportionnalité, il est difficile d'être plus précis dans le corps du texte lui-même<sup>273</sup>. Une clarification pourrait néanmoins être utilement apportée, pour souligner que la notion de proportionnalité dans le cadre de cette disposition n'a pas seulement trait au coût et aux frais mais qu'il faut également tenir compte d'autres éléments significatifs comme la gravité de la violation par rapport à la difficulté de restaurer le *statu quo ante*. Il paraît suffisant d'indiquer ce point dans le commentaire. .
- (d) Menace disproportionnée à l'indépendance politique ou à la stabilité économique de l'État responsable. Plusieurs États ont fortement critiqué cette quatrième exception, dont aucun exemple convaincant n'est là encore fourni. Le problème général posé par une réparation qui menace de priver une population de ses moyens de subsistance (paragraphe 3 de l'article 42 tel qu'adopté en première lecture) a déjà été traité<sup>274</sup>; il a aussi été souligné que la restitution implique ordinairement le retour d'un territoire, de personnes ou de biens saisis ou détenus de manière illicite ou, de façon plus générale, le retour à la situation existant avant la violation. Il est difficile de concevoir comment un tel retour pourrait avoir pour effet de menacer l'indépendance politique ou la stabilité économique de l'État responsable de la violation. En tout état de cause, si la restitution menace de manière plausible et disproportionnée l'indépendance politique ou la stabilité économique de l'État responsable, les conditions prévues par la troisième exception (paragraphe c) ci-dessus) seront certainement satisfaites. Pour ces raisons, le paragraphe d) est également inutile.

#### d) La formulation de l'article 43

145. En ce qui concerne la formulation de cet article, la France critique l'utilisation du terme "restitution en nature" dans l'article 44 au motif que celle-ci n'est pas limitée au retour d'une propriété ou d'un territoire soustraits. Mais la signification de cette expression est généralement comprise et acceptée; une définition est en outre fournie, essentiellement sous la forme du "rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis" En second lieu, l'article

<sup>269</sup> Historiquement, les affaires relatives à la saisie de navires esclavagistes et d'autres actions visant à supprimer le commerce des esclaves ont soulevé des problèmes de légalité internationale (voir par ex. l'affaire *Le Louis* (1817) 2 *Dods* 210; *Buron v. Denman* (1848) 2 *Ex.* 167; A.P. Rubin, *Ethics and Authority in International Law* (Cambridge, CUP, 1997) p. 97 et s.). Mais, au moins depuis la tenue du Congrès de Berlin en 1885, il n'était plus possible d'examiner une demande en restitution sous la forme du retour d'anciens esclaves. Dans l'affaire *Eichmann*, l'Argentine retira sa demande en restitution d'Eichmann, accusé de crimes de guerre et crimes contre l'humanité, voir la résolution du Conseil de sécurité 138 (1960), 23 juin 1960 et le Communiqué conjoint Argentine - Israël, 3 août 1960, reproduit dans *Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, Cour de district, 12 décembre 1961, *I.L.R.*, vol. 36, p. 59 (par. 40).

<sup>270</sup> Voir *supra*, par. 7 (1). Pour l'article 29 *bis*, voir le *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante et unième session* (Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément No 10, A/54/10, 1999), par. 306-318.

<sup>271</sup> Les faits illicites continus en violation d'une norme impérative (comme le cas d'un génocide ou d'un autre crime contre l'humanité continus) soulèvent des questions plus importantes. Celles-ci portent cependant sur la cessation et l'exécution de l'obligation, non sur la restitution; voir *supra*, par. 126.

<sup>272</sup> Voir *supra*, par. 136-137.

<sup>273</sup> Voir, pour une approche générale, DW Greig, "Reciprocity, Proportionality and the Law of Treaties", *Virginia J.I.L.*, 1994, vol. 44, p. 398.

<sup>274</sup> Voir *supra*, par. 38-42.

43 c) dans sa rédaction originale met en balance le coût de la restitution pour l'État responsable et l'avantage qu'en tirerait l'État lésé. Mais il peut évidemment y avoir plusieurs, voire beaucoup d'États (ou autres entités) lésés par le même fait et l'ensemble de leurs intérêts devrait être pris en considération dans l'équation. Le paragraphe c) devrait être rédigé en conséquence.

146. De l'avis du Rapporteur spécial, l'article 43 peut être libellé comme suit :

*Restitution*

Tout État qui a commis un fait internationalement illicite est obligé de fournir la restitution, c'est-à-dire de rétablir la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution :

a) n'est pas matériellement impossible;...

c) n'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage que ceux qui sont lésés par ce fait gagneraient en obtenant la restitution plutôt que l'indemnisation.

**3. Indemnisation**

**a) Article 44 actuel**

147. L'article 44 dispose :

"Indemnisation

1. L'État lésé est en droit d'obtenir de l'État 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'État lésé et peut comprendre des intérêts et, le cas échéant le manque à gagner."

148. Malgré la priorité formelle qui est accordée à la restitution dans l'article 43, le commentaire de l'article 44 reconnaît que l'indemnisation est "le mode de réparation le plus souvent recherché à la suite d'un fait internationalement illicite"<sup>275</sup>. L'indemnisation pécuniaire diffère des paiements offerts ou accordés à titre de satisfaction, en ce que sa fonction est purement compensatoire; elle a pour but de représenter, autant que possible, le dommage subi par l'État lésé du fait de la violation. Cependant, malgré l'existence d'un grand nombre d'affaires tranchées par des tribunaux arbitraux où des problèmes liés à la fixation de l'indemnisation se sont posés, le commentaire explique le refus d'entrer dans le détail dans l'article 44 par le fait que "les règles relatives à l'indemnisation seraient nécessairement assez générales et souples"<sup>276</sup>. Le commentaire aborde la question du lien de causalité, y compris de l'influence de causes multiples<sup>277</sup>, mais, sur le problème central de la fixation de l'indemnisation, il se contente de remarques générales selon lesquelles, par exemple, l'indemnisation 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"<sup>278</sup>, y incluant le dommage matériel et moral<sup>279</sup>. L'indemnisation est conçue comme étant limitée aux paiements en argent<sup>280</sup>, bien qu'il n'y ait pas de raison pour qu'elle ne puisse pas prendre aussi la forme d'autres unités valeurs, s'il en est ainsi convenu.

<sup>275</sup> Commentaire de l'article 44, par. 1, *Ann. ... 1993*, vol. II (deuxième partie), p. 70-79.

<sup>276</sup> *Ibid.*, par. 3.

<sup>277</sup> *Ibid.*, par. 6-13. Voir *supra*, les paragraphes 27-29, 31-37 pour la discussion de point.

<sup>278</sup> *Ibid.*, par. 16.

<sup>279</sup> *Ibid.*, par. 17.

<sup>280</sup> *Ibid.*, par. 18, citant Grotius, *De Iure Belli ac Pacis* (1636), Livre II, Ch. 17, § 1 : "l'argent est la commune mesure des choses qui ont une valeur".

149. Le commentaire traite ensuite de l'octroi d'intérêts et du manque à gagner. Les intérêts font l'objet d'une discussion distincte ci-dessous<sup>281</sup>. Le manque à gagner est abordé dans le détail mais de façon plutôt peu conclusive. Le commentaire souligne que...

"l'indemnisation du *lucrum cessans* n'est pas aussi universellement acceptée dans la doctrine et la pratique que la réparation du *damnum emergens*. En cas d'indemnisation pour manque à gagner, il ne semble pas que, pour la même période, des intérêts puissent être versés sur le capital auquel se rapporte le manque à gagner, pour la simple raison que le capital ne peut pas être au même moment producteur d'intérêts et théoriquement employé à produire des bénéfices. [...] Le but essentiel est en l'occurrence d'éviter le "cumul" dans tous les modes de réparation<sup>282</sup>".

Après une étude de la jurisprudence pertinente (y compris des décisions divergentes auxquelles le Tribunal des Différends irano-américains est parvenu dans des affaires relatives à l'expropriation), le commentaire s'achève en indiquant que...

"[c]ompte tenu de ces divergences d'opinion sur l'indemnisation du *lucrum cessans*, la Commission a conclu qu'il serait extrêmement difficile d'arriver sur ce sujet à des règles précises susceptibles d'un large appui. [...] Sur toutes ces questions, l'état du droit n'est pas encore [...] suffisamment fixé, et la Commission ne s'estime pas en mesure, à ce stade, de donner des réponses précises à ces questions ou de formuler des règles concrètes à leur sujet. Elle a donc jugé préférable de laisser aux États concernés ou à la tierce partie éventuellement chargée du règlement du différend le soin de décider, dans chaque cas, s'il convenait de prévoir une indemnisation pour manque à gagner...<sup>283</sup>".

En définitive, le paragraphe 2 de l'article 44 indique seulement que l'indemnisation "peut comprendre [...] le cas échéant, le manque à gagner", une affirmation aussi tiède que possible.

150. Les commentaires des gouvernements relatifs à l'article 44 soulèvent plusieurs questions importantes. La première d'entre elles est de savoir si cette disposition doit être plus détaillée. Certains gouvernements défendent le point de vue selon lequel, devant la complexité et l'importance des problèmes concernés, des directives supplémentaires sur les critères de l'indemnisation en droit international coutumier seraient les bienvenues – en particulier pour ce qui touche à "l'évaluation d'un préjudice pécuniaire", y compris les intérêts et le manque à gagner<sup>284</sup>. La France critique la rédaction "trop sommaire" de l'article 44 (surtout si elle est comparée au traitement détaillé fourni dans les articles 45 et 46) et se prononce en faveur d'un retour "à une version plus analytique", fondée sur les travaux fournis par M. Arangio-Ruiz dans son deuxième rapport (1989), ainsi que sur la pratique et la jurisprudence internationales<sup>285</sup>. D'autres gouvernements soulignent en revanche le besoin de maintenir une certaine souplesse dans le traitement des cas particuliers; de leur point de vue, il suffit de poser dans l'article 44 le principe général de l'indemnisation. Ils font également valoir qu'un "examen détaillé et approfondi du droit relatif à la réparation prendrait un temps considérable et retarderait l'achèvement des travaux de la Commission<sup>286</sup>".

151. En ce qui concerne le contenu de ce principe général, certains gouvernements souscrivent à l'opinion selon laquelle, en principe, le montant de l'indemnisation à verser correspond précisément à la valeur de la restitution, si celle-ci avait été fournie à l'État lésé. Les États-Unis considèrent que la rédaction actuelle du paragraphe 1 "énonce [un] principe établi depuis longtemps en droit international coutumier et dans d'innombrables accords bilatéraux et multilatéraux"; selon le gouvernement américain, le fait que l'indemnisation doit être offerte dans la mesure où la restitution ne l'est pas indique clairement que le montant de l'indemnisation due devrait être équivalent à la valeur de la restitution<sup>287</sup>. Le Japon en revanche s'inquiète d'une interprétation possible du paragraphe 1, par laquelle "l'État auteur du fait internationalement illicite pourrait rejeter la demande d'indemnisation (financière) faite par l'État lésé sous prétexte qu'il n'a pas été prouvé que la restitution

<sup>281</sup> Voir *infra*, par. 195-214.

<sup>282</sup> Commentaire de l'article 44, par. 27.

<sup>283</sup> *Ibid.*, par. 39.

<sup>284</sup> Danemark, au nom des pays nordiques (A/CN.4/488, p. 115); voir aussi A/CN.4/496, p. 21, par. 125 (où le besoin d'une plus grande sécurité juridique est souligné) et A/CN.4/504, par. 71, p. 20.

<sup>285</sup> A/CN.4/488, p. 116; voir également A/CN.4/496, p. 21, par. 125 et A/CN.4/504, par. 71, p. 20 (où il fait référence, par exemple, au "principe selon lequel le dommage subi par un national constitu[e] la mesure du dommage subi par l'État).

<sup>286</sup> A/CN.4/496, p. 20, par. 124.

<sup>287</sup> A/CN.4/488, p. 115; les États-Unis se réfèrent notamment aux affaires du *Lusitania* et *Letelier* et font remarquer que "ce principe a aussi été appliqué à des cas d'homicide par négligence" (*ibid.*, p. 116).

en nature était complètement impossible"; une telle lecture de cette disposition "limiterait indûment la liberté de l'État lésé de choisir la forme de réparation intégrale qu'il juge appropriée"<sup>288</sup>.

152. Une autre question qui a été soulevée a trait à la nécessité de faire référence aux intérêts et au manque à gagner dans le paragraphe 2 et, si tel est le cas, à la formulation adéquate de celle-ci. Pour certains gouvernements, il est inutile de formuler le paiement d'intérêts et l'indemnisation du manque à gagner en termes d'obligation juridique<sup>289</sup>. C'est apparemment le point de vue adopté par le gouvernement français, qui propose de modifier le paragraphe comme suit :

"Aux fins du présent article, le dommage indemnisable découlant d'un fait internationalement illicite s'entend de tout préjudice lié à ce fait par un lien de causalité ininterrompu"<sup>290</sup>.

D'un autre côté, plusieurs gouvernements soutiennent fermement que, "dans la mesure où il représente la perte effective subie par l'État lésé, le versement d'intérêts ne devrait pas être optionnel, mais obligatoire"<sup>291</sup>. Par conséquent, le paragraphe 2 devrait disposer que l'indemnisation "comprend des intérêts" (plutôt que "peut comprendre")<sup>292</sup>. Les États-Unis font référence aux décisions du Tribunal des différends irano-américains et de la Commission d'indemnisation des Nations Unies à l'appui de leur opinion selon laquelle la rédaction actuelle du paragraphe 2 "non seulement va à l'encontre de l'immense majorité des précédents sur le sujet mais porte en outre atteinte au principe de la "réparation intégrale"<sup>293</sup>.

153. Ces commentaires soulèvent beaucoup de problèmes eu égard à l'article 44. L'un d'entre eux, le débat sur les intérêts, est traité séparément ci-après<sup>294</sup>. Mais la question principale est de savoir si l'article 44 doit détailler davantage les principes acceptés de détermination de l'indemnisation, et de préciser quelles limitations pourraient y être apportées, afin d'éviter d'imposer une charge disproportionnée à l'État responsable.

#### **b) La fixation de l'indemnisation : principe général ou critères détaillés ?**

154. Dans son deuxième rapport, M. Arangio-Ruiz aborda dans le détail la question de la "réparation par équivalent" et proposa de choisir entre deux articles, l'un assez bref et le second plus précis. Ainsi que le commentaire l'indique, la Commission opta pour la version la plus courte, qui devint l'article 44<sup>295</sup>. Par conséquent, certains des problèmes que M. Arangio-Ruiz avait traités dans son deuxième rapport — la distinction entre le préjudice moral causé aux personnes et celui subi par l'État, la différence entre une expropriation licite et illicite, les méthodes de fixation de la valeur d'une propriété saisie, en particulier lorsque celle-ci est effectuée sur une base courante — ne sont pas ou peu abordés dans l'article 44 et son commentaire.

155. Il faut à l'évidence être prudent dans la formulation de règles plus précises sur l'indemnisation. Si des informations sont disponibles dans certains domaines (notamment sur la protection diplomatique, en ce qui concerne particulièrement la saisie de biens ou les dommages que ceux-ci peuvent subir), il y a eu relativement peu de décisions

<sup>288</sup> A/CN.4/492, p. 16.

<sup>289</sup> A/CN.4/504, par. 71, p. 20.

<sup>290</sup> A/CN.4/488, p. 118.

<sup>291</sup> Royaume-Uni (*ibid.*, p. 116); voir également A/CN.4/496, p. 21, par. 125 ("le versement d'intérêts [devrait être] la règle générale pour l'indemnisation").

<sup>292</sup> Observation des États-Unis, qui considèrent que l'article 44 constituerait "un recul du droit international de la réparation" en l'absence d'une telle modification (A/CN.4/488, p. 117). Voir également A/CN.4/504, par. 71, p. 20 où un gouvernement soutient que le remplacement de "peut" par "doit" permettrait de "ne pas inciter l'État délinquant à retarder le paiement de l'indemnisation", tandis qu'un autre soutient l'idée "qu'un délai de grâce raisonnable" pour le paiement de l'indemnisation devrait être accordé à l'État auteur du fait illicite avant de déterminer l'octroi d'intérêts. Les gouvernements qui proposent cette substitution de termes ne semblent pas en faveur de la suppression des mots "le cas échéant" avant "manque à gagner" (voir Mongolie, A/CN.4/488, p. 116).

<sup>293</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>294</sup> Voir *infra*, par. 195-214.

<sup>295</sup> Voir Arangio-Ruiz, *Deuxième rapport*, in *Ann. ... 1989*, vol. II (première partie), p. 3-24, et, pour le texte de ses propositions, voir *ibid.*, p. 60. Pour le rapport du Comité de rédaction, voir *Ann. ... 1992*, vol. I, p. 233-235. Depuis 1989, la jurisprudence et la pratique ont connu certains développements, qui sont présentés notamment par M. Iovane, *La Riparazione nella Teoria e Nella Prassi dell'Illecito Internazionale* (Milan, Guiffre, 1990); E. Decaux, "Responsabilité et réparation", in *La responsabilité dans le système international : colloque du Mans*, (Société française pour le droit international, Pedone, Paris, 1991) p. 47-190, ainsi que dans les travaux cités *infra*. L'expérience tirée de l'étude du droit comparé général est bien résumée par H. Stoll, "Consequences of Liability : Remedies", in A. Tunc (éd.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XII, ch. 8.

récentes traitant dans le détail de la détermination du dommage matériel entre États (c'est-à-dire hors du champ de la protection diplomatique). Des dommages-intérêts ont été demandés dans un tiers environ des affaires introduites devant la Cour internationale de Justice mais la Cour n'en a jusqu'à présent alloués que dans une seule affaire – celle du *Détroit de Corfou (fixation du montant des réparations)*<sup>296</sup>. On a même soutenu que la Cour avait manifesté une certaine défiance à l'égard de l'allocation de dommages-intérêts, par comparaison avec des modes de réparation déclaratoires ou autres. Ainsi, dans l'*Affaire des Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, la Cour a conclu que la réclamation était devenue sans objet à la suite de l'engagement pris par la France de ne plus procéder à des essais nucléaires en atmosphère, et ce, nonobstant le fait que la demande d'indemnisation formulée par la Nouvelle-Zélande n'avait pas été remplie<sup>297</sup>. Dans l'*Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, où chaque État demandait une indemnisation substantielle à l'encontre de la partie adverse, la Cour commença par réaffirmer les règles classiques de la réparation et de l'indemnisation puis suggéra qu'au regard des dommages-intérêts (et non pas des contributions financières nécessaires à la poursuite du projet), un accord à somme nulle lui paraissait approprié. Le passage pertinent est libellé comme suit :

"Il est une règle bien établie du droit international, qu'un État lésé est en droit d'être indemnisé, par l'État auteur d'un fait internationalement illicite, des dommages résultant de celui-ci. Dans le présent arrêt, la Cour a conclu que les deux Parties avaient commis des actes internationalement illicites et elle a constaté que ceux-ci sont à l'origine des dommages subis par les Parties; en conséquence, la Hongrie et la Slovaquie sont toutes deux tenues de verser des indemnités et sont toutes deux en droit d'en recevoir. La Slovaquie est donc en droit d'être indemnisée des dommages subis tant par la Tchécoslovaquie que par elle-même du fait de la décision hongroise de suspendre puis d'abandonner les travaux à Nagymaros et à Dunakiliti, car ces agissements ont occasionné le report de la mise en service de la centrale de Gabčíkovo et, une fois celle-ci mise en service, des changements dans son mode de fonctionnement. La Hongrie est en droit d'être indemnisée des dommages qu'elle a subis du fait du détournement du Danube car la Tchécoslovaquie, en mettant en service la variante C, et la Slovaquie, en la maintenant en service, ont privé la Hongrie de sa part légitime de ressources en eau partagées et ont exploité ces ressources essentiellement à leur profit.

[...] Toutefois, compte tenu de ce que les Parties ont commis des actes illicites croisés, la Cour tient à faire observer que la question de l'indemnisation pourrait être résolue de façon satisfaisante, dans le cadre d'un règlement d'ensemble, si chacune des Parties renonçait à toutes ses demandes et contre-demands d'ordre financier ou les annulait<sup>298</sup>."

Dans les deux affaires qui viennent d'être rappelées, on peut avancer que la Cour n'a pas considéré que les questions d'indemnisation (à la différence du retour à la légalité ou de la cessation du comportement prétendument illicite) étaient au cœur du problème. Dans l'*Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros* notamment, elle a réaffirmé le contenu bien établi du droit de la réparation, y compris celui de l'indemnisation, dans les différends interétatiques. En outre, il ne faut interpréter de manière exagérée l'absence d'octroi d'indemnisation par la Cour. Dans certaines affaires en effet, les États ont préféré mettre un terme au différend par le paiement de dommages-intérêts (sans préjudice de leur position), plutôt que de laisser la Cour rendre un arrêt sur le fond<sup>299</sup>, voire sur la compétence<sup>300</sup>. Dans d'autres affaires, les parties ont cherché à régler par elles-mêmes les questions consécutives à la décision ou à l'arrêt rendu sur le principe de la responsabilité, ou d'autres raisons ont justifié qu'un terme soit mis à l'affaire<sup>301</sup>. Plusieurs des affaires actuellement inscrites au rôle impliquent ou comprennent des demandes, ainsi que des demandes reconventionnelles, de réparation<sup>302</sup>.

<sup>296</sup> *Rec. C.I.J. 1949*, p. 249. Voir C. Gray, *Judicial Remedies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1987) p. 77-95 pour un compte-rendu assez sceptique de la pratique.

<sup>297</sup> *Rec. C.I.J. 1974*, p. 475-476 (par. 55-58). Cf. la *Demande d'examen de la situation...*, *Rec. C.I.J. 1995*, p. 305 (par. 59).

<sup>298</sup> *Rec. C.I.J. 1997*, p. 81 (par. 152-3). Voir aussi p. 169-70 (Juge Oda).

<sup>299</sup> Voir l'*Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru*, *Rec. C.I.J. 1992*, p. 240, et l'Ordonnance de radiation du rôle consécutive au règlement, *Rec. C.I.J. 1993*, p. 322; l'*Affaire du passage par le Grand Belt*, *Rec. C.I.J. 1992*, p. 348 (Ordonnance de radiation du rôle consécutive au règlement).

<sup>300</sup> Comme dans l'*Affaire de l'Incident aérien du 3 juillet 1988*, *Rec. C.I.J. 1996*, p. 9 (Ordonnance de radiation du rôle consécutive au règlement).

<sup>301</sup> L'*Affaire relative aux Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* fut rayée du rôle après le dépôt du mémoire écrit du Nicaragua sur l'indemnisation (*Rec. C.I.J. 1991*, p. 47 (Ordonnance de radiation du rôle)).

<sup>302</sup> Des demandes reconventionnelles ont été déclarées recevables dans les affaires suivantes : *Affaire relative à l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, *Demandes reconventionnelles*, *Rec. C.I.J. 1997*, p. 243; *Affaire relative aux Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis)*

156. Mis à part la Cour internationale de Justice, d'autres juridictions importantes traitent des problèmes liés à la réparation, y compris les questions d'indemnisation.

- Le Tribunal des Différends irano-américains a développé une jurisprudence conséquente sur les problèmes de détermination du dommage et d'évaluation des biens expropriés. Plusieurs demandes importantes de réparations interétatiques sont actuellement en cours d'examen<sup>303</sup>.
- Les juridictions et autres organes compétents en matière de droits de l'homme, notamment les Cours européenne et interaméricaine des Droits de l'Homme, ont développé toute une jurisprudence relative à ce que l'article 41 (anciennement 50) de la Convention européenne des Droits de l'Homme dénomme la "satisfaction équitable"<sup>304</sup>. Jusqu'à présent, ces organes ont généralement alloué ou recommandé des montants modestes d'indemnisation ou de dommages-intérêts, mais la pratique connaît de nombreux développements<sup>305</sup>.
- Les Tribunaux CIRDI de la Convention de Washington de 1965 sont compétents pour allouer des dommages-intérêts ou d'autres modes de réparation dans les différends relatifs aux investissements existant entre les États parties et les ressortissants d'autres États. Certains de ces litiges entraînent un recours direct au droit international<sup>306</sup>.
- Le Tribunal international du Droit de la Mer a octroyé des dommages-intérêts substantiels sous plusieurs rubriques, ainsi que des intérêts, dans la première affaire qu'il ait jugée au fond<sup>307</sup>.
- La Commission d'Indemnisation des Nations Unies est un organe non-judiciaire établi par le Conseil de sécurité pour régler les demandes d'indemnisation formulées contre l'Iraq et "directement" liées à l'invasion du Koweït par celui-ci en 1990<sup>308</sup>. La Commission a pour mandat de décider de la responsabilité de l'Iraq "en vertu du droit international"<sup>309</sup> et a posé des lignes directrices sur l'octroi d'indemnités qui sont soumises à l'approbation du Conseil d'administration (composé des membres du Conseil de sécurité). Ces lignes directrices ont été mises en œuvre dans le cadre d'un très grand nombre de réclamations<sup>310</sup>.

---

*d'Amérique), Demandes reconventionnelles, Rec. C.I.J. 1998, p. 190; Affaire relative à la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), Ordonnance du 30 juin 1999.*

<sup>303</sup> Pour des études de la jurisprudence du Tribunal relative à l'évaluation et à l'indemnisation, voir, *inter alia*, G. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996) chapitres 5, 6, 12; C.N. Brower & J.D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* (Nijhoff, The Hague, 1998), chapitres 14-18; M. Pellonpää, "Compensable Claims Before the Tribunal: Expropriation Claims", in R.B. Lillich & D.B. McGraw (éds.), *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility* (Transnational Publishers, Irvington-on-Hudson, 1998) p. 185-266; D.P. Stewart, "Compensation and Valuation Issues", *ibid.*, p. 325-385.

<sup>304</sup> L'article 41 (dans la numérotation posée par le Protocole 11 de 1994) dispose :  
"Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable".

Dans la pratique de la Cour, la "satisfaction" inclut à la fois des éléments d'indemnisation et de satisfaction au sens du projet d'articles.  
<sup>305</sup> Voir l'étude utile menée par D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (Oxford, Clarendon Press, 1999) chapitres 8, 9. Voir aussi *infra*, paragraphe 157.

<sup>306</sup> Voir par ex. *Asian Agricultural Products Ltd. c. République du Sri Lanka* (1990), *ICSID Reports*, vol. 4, p. 245.

<sup>307</sup> Affaire du *M.V. Saiga* (No. 2), arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1999, par. 170-177; reproduit in *I.L.M.*, vol. 38, p. 1323 (1999).

<sup>308</sup> Voir *supra*, paragraphe 28. Outre les ouvrages qui y sont cités, voir S. Boelaert-Suominen, "Iraqi War Reparations and the Laws of War: a Discussion of the Current Work of the United Nations Compensation Commission with Specific Reference to Environmental Damage During Warfare", *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 50, 1996, p. 225-316; G. Christenson, "State Responsibility and the UN Compensation Commission: Compensating Victims of Crimes of State", in R. Lillich (éd.), *The United Nations Compensation Commission* (Irvington, Transnational Publishers, New York, 1995), p. 311-364; A. Gattini, "La riparazione dei danni di guerra causati dall'Iraq", *Rivista di diritto internazionale*, vol. 76, 1993, p. 1000-1046; B. Graefrath, "Iraqi Reparations and the Security Council", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 55, 1995, p. 1-68; C. Romano, "Woe to the Vanquished? A Comparison of the Reparation Process after World War I (1914-18) and the Gulf War (1990-1)", *Austrian Review of International and European Law*, vol. 2, 1997, p. 61-190.

<sup>309</sup> Conseil de sécurité, résolution 687, 3 avril 1991, par. 16.

<sup>310</sup> Les lignes directrices et les décisions de la Commission peuvent être trouvées à l'adresse <http://www.unog.ch/uncc/decision.htm>. Les décisions suivantes sont particulièrement intéressantes dans le cadre des questions discutées ici :

157. Quand une juridiction ou un autre organe se voit attribuer compétence pour traiter des différends relatifs à la responsabilité des États et accorder une indemnisation, la question se pose de savoir si ses décisions ultérieures font partie d'un "régime spécial" de réparation, équivalant à une *lex specialis*. Il y a indubitablement, à un degré plus ou moins élevé, des éléments de *lex specialis* dans les travaux des organes qui ont été mentionnés ci-dessus (ainsi que dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce, qui s'intéresse beaucoup plus aux problèmes de cessation que de réparation<sup>311</sup>). En principe, les États sont libres d'établir des mécanismes de règlement des différends qui se concentrent sur certains aspects seulement des conséquences de la responsabilité, écartant ou laissant dès lors de côté d'autres éléments. Mais il existe cependant une présomption allant à l'encontre de la création de régimes totalement spécifiques dans le domaine de la réparation; tous les organes auxquels il a été fait référence dans le paragraphe précédent ont été influencés, dans une plus ou moindre grande mesure, par les critères de la réparation posés en droit international général. La pratique dans ce domaine est en outre remarquablement dynamique; il est donc tout à fait significatif que l'on fasse encore référence au principe de l'*Usine de Chorzów* ainsi qu'aux travaux de la Commission. La décision majeure rendue par la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme sur la question contient par exemple le paragraphe suivant :

"La réparation du dommage occasionné par la violation d'une obligation internationale consiste dans la restitution intégrale (*restituto in integrum*), qui comprend la restauration de la situation antérieure, la réparation des conséquences de la violation et l'octroi d'une indemnisation des dommages patrimoniaux et extrapatrimoniaux, y inclus le dommage moral. [...] Pour ce qui concerne le dommage moral, la Cour considère que le versement d'une indemnité est permis par le droit international, notamment dans le cas des violations des droits de l'homme. [...] L'indemnisation doit être fondée sur les principes de l'équité. [...] L'article 63.1 de la Convention américaine] ne mentionne pas l'effectivité des moyens de réparation disponibles dans le droit interne de l'État responsable de la violation et ne se limite pas à leur garantie. Dès lors, [la Cour] n'est pas entravée dans son action par les défauts, les imperfections ou les déficiences du droit interne mais opère indépendamment de ce dernier. Cela signifie que, pour fixer l'indemnité correspondante, la Cour doit s'appuyer sur la Convention américaine et les principes applicables du droit international<sup>312</sup>."

De même, dans l'Affaire *Papamichaelopoulos*, la Cour européenne des Droits de l'Homme a souligné que :

"Le caractère illicite de pareille dépossession se répercute par la force des choses sur les critères à employer pour déterminer la réparation due par l'État défendeur, les conséquences financières d'une expropriation licite ne pouvant être assimilées à celles d'une dépossession illicite. A cet égard, la jurisprudence internationale, judiciaire ou arbitrale, fournit à la Cour une source d'inspiration très appréciable; quoiqu'elle concerne plus spécialement l'expropriation d'entreprises industrielles et

- 
- Décision 3 : S/AC.26/1991/3; 23 octobre 1991 : Atteinte aux personnes et préjudices psychologiques ou moraux  
 Décision 7 : S/AC.26/1991/7/Rev.1; 17 mars 1992 : Critères applicables à d'autres catégories de réclamations  
 Décision 8 : S/AC.26/1992/8; 27 janvier 1992 : Établissement de plafonds pour l'indemnisation du préjudice psychologique ou moral  
 Décision 9 : S/AC.26/1992/9; 6 mars 1992 : Propositions et conclusions concernant l'indemnisation des pertes industrielles ou commerciales : détermination et évaluation des différents types de dommages  
 Décision 11 : S/AC.26/1992/11; 26 juin 1992 : Cas dans lesquels les membres des forces armées de la coalition alliée peuvent faire valoir un droit à réparation  
 Décision 13 : S/AC.26/1992/13; 25 septembre 1992 : Mesures supplémentaires pour se prémunir contre l'indemnisation multiple de certains requérants  
 Décision 15 : S/AC.26/1992/15; 4 janvier 1993 : Indemnisation des pertes industrielles ou commerciales résultant de l'invasion et de l'occupation illicite du Koweït par l'Iraq lorsque l'embargo sur le commerce et les mesures connexes ont également joué comme cause.  
 Décision 16 : S/AC.26/1992/16; 4 janvier 1993 : Allocation d'intérêts  
 Décision 19 : S/AC.26/Dec.19 (1994); 24 mars 1994 : Dépenses militaires  
 Décision 40 : S/AC.26/Dec.40 (1996); 18 décembre 1996 : Décision concernant la réclamation relative aux frais afférents à l'extinction des incendies de puits de pétrole.

<sup>311</sup> Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, annexe 2, Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, notamment l'article 3 (7), qui prévoit l'indemnisation seulement "si le retrait immédiat de la mesure en cause est irréalisable, et qu'à titre temporaire en attendant le retrait de la mesure incompatible avec un accord visé". Aux fins de l'O.M.C., "l'indemnisation" porte sur le comportement futur, et non passé (voir *ibid.*, art. 22). Sur la distinction entre cessation et réparation dans le cadre de l'O.M.C., voir par. ex. *Subventions australiennes fournies aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobile*, Rapport d'un panel, 21 janvier 2000, WT/DS126/RW, par. 6.49.

<sup>312</sup> Affaire *Velásquez Rodríguez*, C.I.D.H., série C No 7 (1989), p. 26-27, 30-31 [traduction non officielle].

commerciales, les principes qu'elle dégage en ce domaine restent valables pour des situations comme celle en l'espèce<sup>313</sup>.

158. Le fait que les décisions sur l'indemnisation rendues par les juridictions internationales spécialisées puissent comprendre des éléments de *lex specialis* n'est donc pas une raison qui pourrait conduire la Commission à s'écarter du principe de l'indemnisation complète, tel qu'il est reflété dans l'article 44. Il y a cependant là un motif pour hésiter à exprimer le contenu de ce principe de façon plus détaillée, dans la mesure où celui-ci est appliqué (et continuera sans doute à l'être) de diverses manières, par différents organes et dans des contextes variés. Deux autres raisons incitent à la prudence :

- En premier lieu, l'essentiel des controverses relatives à la quantification des dommages-intérêts a trait aux biens expropriés, où le véritable problème concerne le contenu de l'obligation primaire d'indemnisation (sauf dans des cas particuliers tels que les jurisprudences de l'*Usine de Chorzów* ou *Papamichaelopoulos*). La fonction de la Commission, dans le cadre du présent projet d'articles, n'est pas de préciser la distinction substantielle existant entre saisies licites et illicites ou de déterminer le contenu d'une quelconque obligation primaire<sup>314</sup>.
- En second lieu, dès lors que la Commission a décidé de traiter la protection diplomatique comme un sujet distinct (quoique celui-ci s'inscrive dans le domaine général de la responsabilité), les problèmes de quantification qui surgissent du fait des préjudices causés aux étrangers seront abordés de façon plus appropriée dans le cadre de ce sujet.

159. Malgré ces quelques observations, on peut soutenir que, si des règles claires et plus détaillées relatives à la détermination de l'indemnisation peuvent être posées – au titre soit de la codification soit du développement progressif –, il n'y a pas de raison pour qu'elles ne le soient pas. L'existence de ces règles est cependant très problématique, par opposition aux principes généraux que posent les articles 42 et 44<sup>315</sup>. Les décisions pertinentes reflètent une grande variété de situations factuelles, l'influence d'obligations primaires particulières<sup>316</sup>, l'évaluation de la conduite respective des parties (à la fois en ce qui concerne la gravité de la violation et leur comportement ultérieur) et, plus généralement, la volonté de parvenir à un résultat équitable et acceptable. Comme Aldrich le fait observer, "lorsque [les juges internationaux] font face à un jugement complexe, tel que ceux qui concernent le montant de l'indemnisation exigible du fait de l'expropriation de droits, [...] des considérations d'équité entreront inévitablement en jeu, que ce soit ou non de manière explicite<sup>317</sup>". L'expérience montre, dans ce contexte comme dans d'autres, qu'il est possible de fournir des exemples de l'intervention de considérations d'équité et de proportionnalité en droit international, mais que la tentative de les définir en détail est probablement promise à l'échec.

<sup>313</sup> *Papamichaelopoulos c. Grèce (Article 50)*, C.E.D.H., série A No. 330-B (1995), par. 36. La Cour poursuit en citant le *dictum* de l'*Usine de Chorzów* (*ibid.*). Voir, sur le développement des critères d'indemnisation dans le domaine des droits de l'homme Shelton (1999); A Ranzelzhofer & C. Tomuschat (éds.), *State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights* (Nijhoff, The Hague, 1999); R. Pisillo Mazzeschi, "La riparazione per violazione dei diritti umani nel diritto internazionale e nella Convenzione Europea", *La Comunità Internazionale*, vol. 53 (1998) p. 215.

<sup>314</sup> Sur les problèmes d'expropriation et d'évaluation des biens produisant des revenus, voir par ex. G.M. Erasmus, *Compensation for Expropriation: A Comparative Study* (Reese & UK National Committee of Comparative Law, Oxford, 1990); P.M. Norton, "A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation", *American Journal of International Law*, vol. 85, 1991, p. 474-505; E. Penrose, G. Joffe & G. Stevens, "Nationalisation of Foreign-Owned Property for a Public Purpose: An Economic Perspective on Appropriate Compensation", *Modern Law Review*, vol. 55, 1992, p. 351-367; W.C. Lieblich, "Determinations by International Tribunals of the Economic Value of Expropriated Enterprises", *Journal of International Arbitration*, vol. 7, 1990, p. 37-67; W.C. Lieblich, "Determining the Economic Value of Expropriated Income-Producing Property International Arbitrations", *Journal of International Arbitration*, vol. 8, 1991, p. 59-80; P. Friedland, & E. Wong, "Measuring Damages for the Deprivation of Income-Producing Assets: ICSID Case Studies", *ICSID Review*, vol. 6, 1991, p. 400-430; S.K. Seyed Khalil, "The Place of Discounted Cash Flow in International Commercial Arbitrations: Awards by Iran-United States Claims Tribunal", *Journal of International Arbitration*, vol. 8, 1991, p. 31-50; C. Chatterjee, "The Use of the Discounted Cash Flow Method in the Assessment of Compensation", *Journal of International Arbitration*, vol. 10, 1993, p. 19-24; H. Dagan, *Unjust Enrichment* (Cambridge, CUP, 1997) ch. 6.

<sup>315</sup> M. Arangio-Ruiz était parvenu à la même conclusion (*Deuxième rapport* (1989), par. 28).

<sup>316</sup> Un problème particulièrement souligné par I. Brownlie: *State Responsibility Part I* (Oxford, Clarendon Press, 1983) p. 223-227.

<sup>317</sup> Aldrich (1996) p. 242. Le passage cité fait référence à la question de la détermination de l'indemnisation liée au "droit de pomper et de vendre des produits pétroliers", mais est d'application plus générale.

160. Pour ces raisons, le Rapporteur spécial partage le choix fait par la Commission en 1992 de rédiger l'article 44 en termes souples et généraux. Certaines limitations spécifiques au principe de l'indemnisation complète – notamment la règle prohibant le double recouvrement et, peut-être, le principe *non ultra petita* – peuvent être posées, bien que, théoriquement, elles se rapportent davantage à l'invocation de la responsabilité qu'à la détermination du quantum. Comme le problème de l'atténuation de la responsabilité<sup>318</sup>, ces limitations seront examinées ci-dessous.

### c) Les limitations à l'indemnisation

161. Un problème doit cependant être abordé, celui de savoir s'il faut limiter l'indemnisation. Les systèmes juridiques cherchent en général à éviter de créer des responsabilités pour des montants et des catégories de sujets indéterminés, et le contexte particulier des relations interétatiques ne peut qu'accentuer cette préoccupation. Il n'y a pas en droit international d'équivalents *généraux* à la limitation des actions ou de la responsabilité, qui est utilisée à cet égard par le droit interne. L'État n'est pas une société à responsabilité limitée et il n'existe pas de mécanisme formel permettant de traiter les problèmes d'insolvabilité étatique. Étant donnée la capacité qu'ont les États à interférer dans la vie des populations et les relations économiques, et l'accroissement du droit international matériel relatif à ces deux domaines, l'apparition d'une responsabilité indéterminée est sans aucun doute envisageable – même si celle-ci ne s'est pas en général manifestée dans la pratique<sup>319</sup>.

162. Le problème de la limitation des demandes d'indemnisations écrasantes a déjà été abordé lors de la discussion de l'ancien article 42, paragraphe 3, selon lequel la réparation ne devrait pas avoir pour effet de priver une population de ses propres moyens de subsistance<sup>320</sup>. Pour les raisons qui ont alors été données, cette disposition est inutile en ce qui concerne la restitution et la satisfaction, mais elle mérite d'être examinée pour ce qui touche à l'indemnisation. Les règles relatives au lien direct ou étroit entre le fait illicite et le dommage ne garantissent pas en effet que des montants très importants ne seront pas accordés, dans certains cas, au titre de l'indemnisation.

163. L'une des manières de répondre à ces préoccupations consiste à réaffirmer fermement qu'elles sont exagérées, que l'indemnisation n'est exigible que lorsque le préjudice subi est la conséquence (directe, proche ou peu éloignée) du fait internationalement illicite d'un État, et que, dans ces cas de figure, rien ne justifie que l'on exige de la ou des victime(s) qu'elle(s) supporte(nt) le préjudice. En outre, si les États souhaitent établir des limitations aux régimes de responsabilité dans le cadre d'activités particulièrement dangereuses (comme celles qui peuvent mener aux pollutions d'hydrocarbures ou aux accidents nucléaires), il leur est toujours loisible de le faire. Il faut surtout noter que les procédures de réclamation organisées (qu'elles prennent la forme d'accords de règlement forfaitaire ou passent par des commissions ou tribunaux mixtes) ont eu pour résultat constant de diminuer significativement le niveau de l'indemnisation due, en comparaison des montants demandés<sup>321</sup>. Dès lors, il n'est pas nécessaire d'inclure une disposition générale à ce propos.

164. Le Rapporteur spécial est enclin à partager ce point de vue. Il appartient néanmoins à la Commission de déterminer si l'article 42, paragraphe 3, ou une disposition similaire, doit être inséré dans l'article 44, pour couvrir les hypothèses de responsabilités catastrophiques et imprévues. En tout état de cause, le problème de l'atténuation de la responsabilité et des dommages-intérêts eu égard au comportement de l'État lésé a sa place dans le projet et est discuté ci-dessous<sup>322</sup>.

### d) Conclusion

165. Pour ces raisons, le Rapporteur spécial propose que l'article 44 soit libellé comme suit :

#### *"Indemnisation*

Tout État ayant commis un fait internationalement illicite est obligé d'indemniser tout dommage susceptible d'évaluation économique causé par ce fait, dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution".

<sup>318</sup> *Infra*, par. 215-222.

<sup>319</sup> Voir par ex. l'accident de Tchernobyl, qui n'a cependant pas engendré de demandes en responsabilité; voir J. Woodliffe, "Chernobyl: Four Years On", *International & Comparative Law Quarterly* (1990), vol. 39, p. 466-468.

<sup>320</sup> Voir *supra*, par. 38-42.

<sup>321</sup> Voir *supra*, par. 41, note 77. Des résultats similaires peuvent être observés dans le cadre des anciens tribunaux mixtes.

<sup>322</sup> Voir *infra*, par. 195-214.

Par rapport à la version adoptée en première lecture, certaines modifications rédactionnelles ont été effectuées, pour la plupart de caractère mineur. En premier lieu, et à l'image des autres articles de cette partie, l'article 44 est formulé comme une obligation de l'État responsable. L'invocation de la responsabilité par le ou les État(s) lésé(s) sera traitée dans la deuxième partie *bis*. Bien évidemment, chaque État n'est en droit d'invoquer l'obligation de verser une indemnisation que s'il a lui-même subi un dommage ou si sa réclamation concerne véritablement le dommage subi par ses ressortissants<sup>323</sup>. En second lieu, les deux paragraphes de l'ancien article 44 ont été fondus en un seul, lequel couvre tout dommage susceptible d'évaluation économique. Il n'est pas besoin de mentionner le manque à gagner comme une forme de dommage spécifique, dès lors notamment que toute référence à ce point devrait nécessairement être nuancée (et prêterait alors le flanc aux critiques sur l'effet de "décodification" adressées à l'ancien texte par certains gouvernements<sup>324</sup>). L'indemnisation du manque à gagner est possible dans certaines circonstances et ne l'est pas dans d'autres; tenter d'explicitier ces cas de figure serait contraire à l'idée qui sous-tend l'article 44, lequel est conçu comme l'exposé général d'un principe. Le commentaire peut présenter les différentes formes de dommage indemnisable (y compris le manque à gagner) de manière plus substantielle. La question des intérêts sera traitée dans un article distinct<sup>325</sup>.

166. Il appartiendra à la Commission de décider si une formulation plus détaillée du principe de l'indemnisation est nécessaire dans l'article 44, auquel cas des propositions seraient présentées dans une partie ultérieure du présent Rapport. Le Rapporteur spécial est néanmoins favorable à un traitement plus discursif, dans le commentaire, de l'ensemble des règles d'indemnisation et des principes relatifs à l'estimation des dommages-intérêts qui sont internationalement reconnus. Parmi d'autres avantages, cette solution permettrait de maintenir le degré de souplesse nécessaire.

#### 4. Satisfaction

##### a) Article 45 actuel

167. L'article 45 dispose :

##### "Satisfaction"

1. L'État lésé est en droit d'obtenir de l'État qui a commis un fait internationalement illicite satisfaction pour le dommage, notamment moral, causé par ce fait si, et dans la mesure où, cela est nécessaire pour que la réparation soit intégrale.
2. La satisfaction peut prendre une ou plusieurs des formes suivantes :
  - a) des excuses;
  - b) des dommages-intérêts symboliques;
  - c) en cas d'atteinte grave aux droits de l'État lésé, des dommages-intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte;
  - d) si le fait internationalement illicite résulte de fautes graves d'agents de l'État ou d'agissements criminels d'agents de l'État ou de personnes privées, une action disciplinaire à l'encontre des responsables ou leur châtement".

168. Selon le commentaire, la satisfaction a pour objet de couvrir "seulement le dommage non matériel causé à l'État", autrement dénommé son "préjudice moral"<sup>326</sup>. La doctrine classique exprimait cette notion en termes d'"honneur" ou de "dignité" : ces mots ont aujourd'hui un côté quelque peu archaïque, bien que la "dignité" apparaisse encore au paragraphe 3 de l'article 45. Le paragraphe 1, en faisant référence à la "satisfaction pour le dommage, notamment moral, causé par ce fait",

<sup>323</sup> L'étendue de la possibilité pour un État de faire une réclamation au nom de personnes ou de sociétés lésées par le fait internationalement illicite d'un autre État sera examinée de manière plus détaillée dans le cadre de l'étude de la protection diplomatique.

<sup>324</sup> Voir *supra*, par. 149, 152.

<sup>325</sup> Voir *infra*, par. 195-214.

<sup>326</sup> Commentaire de l'article 45, par. 4; texte in *Ann. ... 1993*, vol. II (deuxième partie), p. 79-84.

visé "tout dommage non matériel subi par un État par suite d'un fait internationalement illicite". C'est là l'objet de la satisfaction<sup>327</sup>.

169. Le commentaire souligne que la satisfaction est un mode de réparation "assez exceptionnel", auquel il n'est pas toujours possible d'avoir recours. Ce constat est rendu par l'emploi des mots "si, et dans la mesure où, cela est nécessaire pour que la réparation soit intégrale"<sup>328</sup>. Le paragraphe 2 fournit une liste des formes que la satisfaction peut revêtir. Ainsi, les excuses, qui "comprennent l'expression de regrets, la présentation d'excuses, le salut au drapeau, etc. [...] occupent une place importante dans la jurisprudence internationale" : même si certaines de ces formes (comme le salut au drapeau) "semblent avoir disparu de la pratique récente", les demandes d'excuses sont devenues plus fréquentes et importantes<sup>329</sup>. Une autre forme, qui n'est pas mentionnée au paragraphe 2, réside dans "la reconnaissance par un tribunal international de l'illicéité du comportement de l'État offenseur"<sup>330</sup>.

170. Les dommages-intérêts "correspondant à la gravité de l'atteinte" ont "un caractère exceptionnel [...] et] sont accordés à la partie lésée en plus de l'indemnisation du dommage effectif, quand le préjudice qui a été causé a été aggravé par des circonstances telles que la violence, l'oppression, la malveillance, le dol ou le comportement mal intentionné de la partie auteur du fait illicite"<sup>331</sup>. Ainsi, dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le Secrétaire général des Nations Unies décida que la France présenterait des excuses formelles à la Nouvelle-Zélande pour la violation et lui paierait la somme de 7 millions de dollars des États-Unis; ce montant excédait de beaucoup celui du dommage effectivement subi et représentait véritablement une forme de satisfaction<sup>332</sup>. Le commentaire ne suggère pas que ce mode de satisfaction soit limité au cas des "crimes internationaux", tels qu'ils sont définis dans l'article 19 adopté en première lecture. Même par rapport aux "délits", la satisfaction remplit une fonction qui, indépendamment de son éventuel caractère "afflictif", vise à exprimer la gravité de l'affaire et du préjudice subi; elle constitue en ce sens un aspect de la réparation intégrale<sup>333</sup>.

171. La prise de sanctions contre les agents de l'État responsables est aussi fréquemment demandée et accordée, mais "une large application de cette forme de satisfaction pourrait aboutir à une ingérence indue dans les affaires intérieures des États. [La Commission] a donc limité le champ d'application de l'alinéa d aux agissements criminels d'agents de l'État ou de particuliers et aux fautes graves d'agents de l'État"<sup>334</sup>.

172. De manière plus générale, et à la lumière des abus constatés dans le passé, il est nécessaire de poser des limites aux mesures qui peuvent être demandées comme modes de satisfaction et vont à l'encontre du principe de l'égalité des États<sup>335</sup>. C'est l'objet du paragraphe 3<sup>336</sup>.

173. Aucun des gouvernements ayant fait des commentaires sur l'article 45 ne remet en question son bien-fondé et sa nécessité : tous sont d'avis que la satisfaction est une forme de réparation importante et bien établie en droit international<sup>337</sup>. Les trois paragraphes qui composent la disposition ont néanmoins fait l'objet de nombreuses remarques tant de substance que de forme. En ce qui concerne le paragraphe 1, la principale préoccupation qui s'exprime a trait à la notion de dommage moral. Le Japon fait observer que les mots "le dommage, notamment moral" ne sont pas assez clairs et devraient être supprimés<sup>338</sup>. A l'inverse, l'Allemagne comme les États-Unis s'accordent sur le fait que la réparation du dommage moral est bien établie dans la pratique étatique. Ces deux gouvernements considèrent cependant que "le dommage

<sup>327</sup> *Ibid.*, par. 5.

<sup>328</sup> *Ibid.*, par. 6.

<sup>329</sup> *Ibid.*, par. 9.

<sup>330</sup> *Ibid.*, par. 10.

<sup>331</sup> *Ibid.*, par. 12.

<sup>332</sup> *Ibid.*, par. 13.

<sup>333</sup> *Ibid.*, par. 21-24.

<sup>334</sup> *Ibid.*, par. 15.

<sup>335</sup> Le commentaire ne fournit pas d'exemples de tels abus mais M. Arangio-Ruiz en donne deux dans son deuxième rapport : la note conjointe présentée au gouvernement chinois en 1900 après la révolte des Boxers et la demande formulée contre la Grèce par la Conférence des Ambassadeurs dans l'affaire Tellini en 1923 (*deuxième rapport* (1989), par. 124). Ces deux exemples portaient sur des demandes collectives.

<sup>336</sup> Commentaire de l'article 45, par. 25.

<sup>337</sup> La Mongolie décrit l'article 45 comme étant d'"une grande importance" (A/CN.4/488, p. 118).

<sup>338</sup> A/CN.4/492, p. 16 (voir également A/CN.4/504, par. 72 p. 20, où il est proposé de définir l'expression "dommage moral").

moral correspond au traumatisme mental et à l'angoisse causés, et [que] la réparation prend généralement la forme d'une indemnisation"; partant, la disposition relative au dommage moral devrait selon eux être déplacée dans l'article 44<sup>339</sup>.

174. En ce qui concerne le paragraphe 2, le premier point soulevé par les gouvernements porte sur la notion de "dommages-intérêts punitifs", auxquels il est fait allusion au paragraphe 2 c). Plusieurs États soutiennent que la fonction punitive de la réparation n'est pas étayée par la pratique étatique ou la jurisprudence internationale et proposent que la disposition y relative dans l'article 45 soit supprimée<sup>340</sup>. En revanche, la République tchèque souhaite que la Commission "revienne encore sur le problème de la possibilité de dommages-intérêts punitifs en cas de 'crime'"<sup>341</sup>. Devant le caractère *sui generis* de la responsabilité internationale, l'absence du concept de dommages-intérêts punitifs dans certains systèmes juridiques internes ne lui apparaît pas comme un obstacle insurmontable. Outre le fait que des dommages-intérêts punitifs ont été octroyés dans quelques affaires internationales, "il n'est pas en règle générale aisé de distinguer des dommages-intérêts punitifs véritables, c'est-à-dire allant au-delà de la simple réparation, d'une allocation "généreuse" d'indemnité devant compenser un préjudice moral évalué extensivement"<sup>342</sup>. De plus, "[l]'introduction du concept de dommages-intérêts punitifs dans le projet d'articles permettrait de doter le régime de responsabilité pour "crimes" d'une fonction de dissuasion *a priori* très utile"<sup>343</sup>.

175. Les États ont également émis des observations sur les autres dispositions de l'article 45, paragraphe 2. Il a ainsi été suggéré que les nouvelles formes de "réparation par équivalence" reconnues dans l'Affaire du *Rainbow Warrior* pourraient être intégrées au paragraphe<sup>344</sup>. La France propose un certain nombre d'autres modifications<sup>345</sup>. De son point de vue, il serait souhaitable d'ajouter un nouvel alinéa "qui ferait référence à la reconnaissance de l'existence d'un fait internationalement illicite par un tribunal"; il pourrait être libellé comme suit :

"La constatation de l'illicéité du fait par un organe international compétent et indépendant des parties".

La France considère également que les mots "des regrets et" devraient être insérés avant "des excuses" dans l'alinéa a)<sup>346</sup>, et que l'expression "une action disciplinaire ou pénale" devrait remplacer "une action disciplinaire [...] ou leur châtement" dans l'alinéa d). Les points de vue sont plutôt divisés à l'égard de ce dernier alinéa : s'il a été suggéré qu'il "concernait un problème interne, les mesures disciplinaires contre des agents de l'État, qui ne devait pas être traité dans le projet d'articles"<sup>347</sup>, l'Autriche a soutenu qu'il devrait mieux refléter la pratique étatique récente et notamment le fait que "de plus en plus d'instruments multilatéraux insistent sur l'obligation des États de poursuivre ou d'extrader les auteurs d'actes illicites visés par leurs dispositions"<sup>348</sup>.

176. Enfin, les États-Unis proposent la suppression du paragraphe 3, au motif que "le terme "dignité" n'est [...] pas défini (et il sera sans doute extrêmement difficile d'en tirer un principe juridique) et [que] cette disposition risque d'être dénaturée par des États qui cherchent à éviter de donner satisfaction sous quelque forme que ce soit"<sup>349</sup>.

177. Par conséquent, l'article 45 semble soulever trois questions, qui correspondent à ses trois paragraphes : premièrement, celle du caractère général de la satisfaction et de son rapport au "dommage moral"; deuxièmement, celle de

<sup>339</sup> A/CN.4/488, p. 118. La citation est un commentaire de l'Allemagne, qui distingue le dommage moral subi par les ressortissants d'un État de celui dont souffre directement l'État : bien qu'elle soit "moins nette", la seconde situation pourrait également justifier une indemnisation "en tant que forme de satisfaction pour atteinte à la dignité d'un État" (*ibid.*, p. 118).

<sup>340</sup> Allemagne (*ibid.*), Autriche (demandant à la Commission d'approfondir la question, étant donné que le concept est établi dans certains systèmes juridiques internes; *ibid.*, p. 119), États-Unis (*ibid.*, p. 119-120), Japon (A/CN.4/492, p. 16). La Suisse propose la suppression du paragraphe 2 c) sur un autre fondement, le fait qu'il a trait à des problèmes d'indemnisation, déjà couverts par l'article 44 (A/CN.4/488, p. 121).

<sup>341</sup> A/CN.4/488, p. 120.

<sup>342</sup> *Ibid.*, p. 120-121 (le gouvernement tchèque doute de la pertinence en droit international contemporain des affaires du *Carthage* et du *Lusitania*; voir aussi A/CN.4/504, par. 72, p. 20).

<sup>343</sup> A/CN.4/488, p. 121.

<sup>344</sup> A/CN.4/504, par. 72, p. 20.

<sup>345</sup> A/CN.4/488, p. 120.

<sup>346</sup> L'Ouzbékistan propose une adjonction similaire ainsi que l'addition des mots "témoignage d'honneur particulier à l'État lésé" (*ibid.*).

<sup>347</sup> A/CN.4/504, par. 72, p. 20.

<sup>348</sup> A/CN.4/488, p. 119.

<sup>349</sup> *Ibid.*, p. 121-122; voir aussi A/CN.4/504, par. 72, p. 20.

l'exhaustivité des formes de satisfaction énumérées au paragraphe 2, ainsi que certains problèmes liés au contenu de la liste fournie; et enfin, celle de la nécessité et de la rédaction du paragraphe 3.

**b) La nature de la satisfaction comme mode de réparation**

178. Il ne fait pas de doute que la satisfaction fournie pour le préjudice non matériel causé par un État à un autre est reconnue par le droit international. Cela a été par exemple souligné par le Tribunal dans l'affaire du *Rainbow Warrior* :

"Il y a une habitude de longue date des États et des Cours et Tribunaux internationaux d'utiliser la satisfaction en tant que remède ou forme de réparation (au sens large du terme) pour les violations d'une obligation internationale. Cette habitude s'applique particulièrement aux cas de dommages moraux ou légaux du fait direct d'un État, à l'inverse des cas de dommages aux personnes impliquant des responsabilités internationales. Dans son second rapport (1989) pour la Commission de Droit International sur la Responsabilité des États, le professeur Arangio-Ruiz a fait une étude très précieuse et très complète de toute la question [...]. Il démontre que la doctrine et la coutume judiciaire et étatique considèrent la satisfaction comme étant "le remède spécifique aux atteintes à la dignité, à l'honneur ou au prestige d'un État" (§ 106). La satisfaction dans ce sens là peut prendre et a pris différentes formes. Arangio-Ruiz mentionne les regrets, la punition des individus responsables, la protection contre la répétition des actes, le paiement de dommages symboliques ou minimum ou la compensation sur une base plus large, et la décision d'un tribunal international déclarant illégale la conduite de cet État. [...] C'est vers cette dernière forme de satisfaction pour un acte illicite international que le Tribunal se tourne maintenant. Les Parties à la présente cause sont convenues qu'une telle déclaration de violation pouvait être faite en principe – bien que la France eût nié avoir violé ses obligations et que la Nouvelle-Zélande eût tenté d'obtenir une déclaration aussi bien qu'une ordonnance de retour. Il est indubitable que ce pouvoir existe et qu'il est considéré comme une importante sanction<sup>350</sup>."

179. Selon le commentaire de l'article 45, la satisfaction "ne se définit pas seulement par le type de dommages pour lequel elle constitue un mode de réparation spécifique, mais également par les formes caractéristiques qu'elle revêt...<sup>351</sup>". Cela est certainement exact mais un problème subsiste, en ce que le paragraphe 1 ne définit pas du tout la satisfaction : il emploie le mot "satisfaction" puis fait référence de façon générale au "dommage, notamment moral" subi par l'État lésé. Cela soulève plusieurs problèmes.

180. Le premier concerne le terme "dommage moral", que certains États considèrent comme relevant en réalité de l'indemnisation, notamment lorsqu'il se rapporte aux individus<sup>352</sup>. Dans la structure conçue initialement par M. Arangio-Ruiz, le dommage moral subi par les personnes était couvert par le projet d'article 8, alors que le dommage moral subi par l'État était couvert par l'article 10 relatif à la satisfaction<sup>353</sup>. Bien qu'elle ne fût pas rejetée par la Commission, cette distinction fut cependant éludée lors de l'adoption des articles.

181. Pour ce qui concerne les individus, le terme "dommage moral" (que tous les systèmes juridiques ne connaissent pas) s'entend généralement d'un dommage non matériel, tel que la douleur et la souffrance, la perte de proches, ou encore l'atteinte à la sensibilité d'une personne liée à l'intrusion dans son foyer ou sa vie privée. Il s'agit là de formes claires de préjudice à la personne humaine qui peuvent faire l'objet d'une indemnisation pécuniaire (si le système juridique concerné reconnaît l'illicéité du fait qui est à leur origine), même si leur évaluation reste toujours conventionnelle et très approximative. En revanche, la notion de "dommage moral" subi par les États est moins claire. Il existe sans aucun doute des cas de préjudice aux États eux-mêmes sans véritable dommage matériel – la violation brève de l'intégrité territoriale d'un État par un aéronef ou un navire d'un autre État, par exemple. Mais l'essentiel de ce qui est compris sous le vocable "dommage moral", lorsqu'il est rapporté aux États, implique en réalité ce qui pourrait être décrit comme un préjudice juridique non matériel, le préjudice qu'entraîne le fait d'une violation d'une obligation, quelles que soient ses conséquences matérielles pour l'État concerné. Afin d'éviter toute confusion avec la notion de dommage moral aux personnes, il est suggéré de ne pas employer le terme "dommage moral" dans l'article 45 et d'utiliser à la place l'expression "préjudice

<sup>350</sup> R.S.A., vol. XX (1990) p. 272-273 (par. 122-123) (texte français in R.G.D.I.P., 1990, p. 875).

<sup>351</sup> Commentaire de l'article 45, par. 9.

<sup>352</sup> *Supra*, par. 173.

<sup>353</sup> Voir en particulier l'article 8, Alternative B, qui faisait référence à "tout dommage susceptible d'évaluation économique causé à l'État lésé par suite du fait illicite, y compris tout dommage moral subi par des ressortissants de l'État lésé" (*Deuxième rapport*, 1989, p. 60 (par. 191)).

immatériel" ("non-material injury")<sup>354</sup>. Sur ce fondement, il ne semble pas qu'une définition plus détaillée de la satisfaction soit exigée.

**c) Les formes spécifiques de satisfaction**

182. Pour ce qui touche aux formes spécifiques de satisfaction énumérées au paragraphe 2, la première remarque à faire consiste à relever que le commentaire se contredit lui-même sur le point de savoir si la liste des formes de satisfaction est exhaustive ou non. Selon le paragraphe (9), cette liste n'est pas exhaustive, alors qu'il est indiqué au paragraphe (16) que "[l]a phrase liminaire du paragraphe 2 précise que la liste des formes de satisfaction énumérées dans ce paragraphe est exhaustive et que ces formes peuvent être combinées"<sup>355</sup>. Cette remarque n'est pas anodine, dans la mesure où la forme de satisfaction la plus importante dans la pratique judiciaire moderne, la déclaration, est omise de cette liste. Le chapeau du paragraphe 2 contient en réalité le mot "peut", ce qui semble impliquer que la liste n'est pas exhaustive. Du point de vue du Rapporteur spécial actuel, cette liste ne devrait effectivement pas être exhaustive. La forme adéquate de satisfaction dépendra des circonstances et ne peut être prévue à l'avance<sup>356</sup>.

**Déclarations**

183. Si le paragraphe 2 contenait une liste exhaustive, il est évident que celle-ci devrait inclure une référence aux déclarations faites par une cour ou un tribunal. En réalité, la version de l'article 45 initialement proposée par M. Arangio-Ruiz comprenait une telle référence<sup>357</sup>, et la France en suggère à présent un équivalent<sup>358</sup>. Ces deux propositions sont fondées sur ce passage classique de l'arrêt rendu dans l'affaire du *Détroit de Corfou (fond)*, où la Cour, après avoir conclu à l'illicéité de l'opération de déminage (l'opération *Retail*) menée par la marine britannique après l'explosion, ajouta qu'elle devait...

"pour assurer l'intégrité du droit international dont elle est l'organe, constater la violation par l'action de la marine de guerre britannique de la souveraineté de l'Albanie. Cette constatation correspond à la demande faite au nom de l'Albanie par son conseil et constitue en elle-même une satisfaction appropriée"<sup>359</sup>.

184. Cette position a été suivie dans de nombreuses affaires, y compris dans la sentence du *Rainbow Warrior*<sup>360</sup>, à tel point que l'on peut considérer que la déclaration réparatoire est devenue la forme normale de satisfaction, et certainement la première, dans le cas d'un préjudice immatériel subi par un État<sup>361</sup>. En disant que cette forme est la première, le Rapporteur spécial ne veut pas indiquer qu'elle est primordiale ou qu'elle exclut des formes de satisfaction plus rigoureuses lorsque ces dernières sont justifiées. La déclaration réparatoire est néanmoins la première à un double point de vue : (a) dans certains cas, elle peut constituer une forme suffisante de satisfaction (comme dans l'exemple de l'Opération *Retail* dans

<sup>354</sup> Ce terme est recommandé en ce sens par C. Dominicé, "De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un État", in *L'ordre juridique international entre tradition et Innovation. Recueil d'Études* (PUF, Paris, 1997), p. 354.

<sup>355</sup> Dans sa présentation de l'article 45, le Président du Comité de rédaction fit également valoir le point de vue selon lequel le paragraphe 2 "dress[ait] une liste exhaustive des formes de satisfaction" (*Ann. ... 1992*, vol. 1, p. 235 (par. 57)).

<sup>356</sup> Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le Tribunal, tout en rejetant les demandes néo-zélandaises de restitution et / ou de cessation et en refusant d'accorder une indemnisation, fit diverses déclarations au titre de la satisfaction ainsi qu'une recommandation "aux deux gouvernements [...] pour [...] les aider à mettre un terme à cette regrettable affaire". Il recommanda particulièrement à la France de contribuer à hauteur de 2 millions de dollars américains à l'établissement d'un fonds "destiné à la promotion de relations étroites et amicales entre les citoyens des deux pays". Voir *R.S.A.*, vol. XX (1990) p. 274 (par. 126-127) (texte français in *R.G.D.I.P.*, 1990, p. 876-877). Nonobstant le caractère *ultra petita* de cette indication, le fait qu'elle prenne la forme d'une recommandation était approprié à sa nécessaire mise en œuvre par accord.

<sup>357</sup> La proposition originale contenait le paragraphe suivant :

"3. La constatation de l'illicéité du fait par un tribunal international compétent peut constituer en elle-même une forme appropriée de satisfaction".

*Deuxième rapport* (1989), p. 60 (par. 191).

<sup>358</sup> *Supra*, paragraphe 175.

<sup>359</sup> *Rec. C.I.J.*, 1949, p. 35, repris dans le dispositif, p. 36. C'est le seul point où la Cour est unanime.

<sup>360</sup> Voir *supra*, paragraphe 178.

<sup>361</sup> Sur le caractère essentiel de la déclaration réparatoire comme forme de satisfaction pour le préjudice immatériel, voir notamment C. Gray, *Judicial Remedies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1987) p. 17-18 (tribunaux arbitraux), 96-107 (C.I.J.), 127-131 (Cour européenne de Justice), 155-156 (Cours relatives aux droits de l'homme).

l'affaire du *Détroit de Corfou*); (b) même lorsqu'elle n'est pas suffisante, elle est le fondement nécessaire d'autres formes de satisfaction, que peuvent appeler certains cas particuliers. L'applicabilité générale de la déclaration réparatoire comme forme de satisfaction, associée le cas échéant à des excuses ou à l'expression de regrets, devrait être reconnue dans le projet d'articles, qui pourrait utilement la différencier des formes de réparation plus spécifiques actuellement énumérées au paragraphe 2.

185. Cette proposition présente cependant un problème : les projets d'articles portent sur les relations juridiques des États, et notamment de l'État responsable, et non sur les pouvoirs ou la compétence de tribunaux. D'une certaine manière, un État ne peut pas accorder ou offrir une déclaration à son propre égard; cela ne peut être fait que par un tiers compétent. L'affirmation de la violation d'une obligation internationale est une réclamation quand elle émane de l'État lésé et une reconnaissance quand elle émane de l'État responsable. Le projet d'articles devrait préciser ce que l'État responsable devrait faire à la suite d'un fait internationalement illicite (c'est-à-dire ses obligations secondaires); ce qu'il ne fait pas, un tribunal compétent serait alors en droit de l'accorder au titre de la réparation. Partant, l'article 45 devrait d'abord poser, comme forme de satisfaction, la reconnaissance de la violation puis, le cas échéant, les excuses et l'expression de regrets.

### Dommmages-intérêts symboliques, exemplaires et punitifs

186. En ce qui concerne ce que l'on pourrait décrire comme le "deuxième étage" des formes de la satisfaction, la formulation devrait rester non-exhaustive, pour les motifs qui ont déjà été donnés. Il existe beaucoup d'autres formes possibles, comme la conduite d'une véritable enquête sur les causes d'un accident ayant causé un dommage ou un préjudice, la création d'un fonds fiduciaire pour gérer le paiement des indemnisations dans l'intérêt des bénéficiaires, etc. Il faut cependant traiter des deux catégories qui sont mentionnées dans l'article 45, les dommages-intérêts et l'action disciplinaire ou pénale.

187. Normalement, les dommages-intérêts sont évidemment dus au titre de l'indemnisation du dommage ou du préjudice qui a été subi, et tombent donc sous le champ de l'article 44. Le paragraphe 2 de l'article 45 mentionne actuellement deux autres formes de dommages-intérêts, les dommages-intérêts symboliques et ceux qui "correspond[ent] à la gravité" de la violation. Ils soulèvent des problèmes très différents.

188. Les dommages-intérêts symboliques sont accordés dans certains systèmes pour refléter l'existence d'une violation dont il n'a pas été démontré qu'elle avait causé à la partie lésée un quelconque préjudice. Pourtant, il y a eu une violation et les dommages-intérêts symboliques ont pour objet de marquer ce fait : ils sont uniquement symboliques et non pas compensatoires. Dans les systèmes juridiques où l'octroi des frais et dépens suit la procédure, le fait d'accorder des dommages-intérêts symboliques peut permettre de tenir compte de ces coûts, mais, dans la pratique arbitrale et judiciaire internationale, il ne pourrait en être ainsi, dès lors que les coûts sont presque toujours assumés par chaque partie et, de toute façon, ne sauraient dépendre du fait qu'une somme de 1 \$ (1.0734 €) a pu être octroyée. Il faut aussi souligner que l'octroi de dommages-intérêts symboliques a parfois été conçu comme une décision *contraire* au demandeur, signifiant que la réclamation était sans fondement et de caractère purement technique<sup>362</sup>. S'il existe quelques exemples d'octroi de dommages-intérêts symboliques par des tribunaux internationaux, ceux-ci sont rares dans la pratique récente<sup>363</sup>. Le Rapporteur spécial doute de l'utilité des dommages-intérêts symboliques comme forme de satisfaction dans le droit international contemporain : il est notamment difficile de percevoir ce qu'ils pourraient apporter qui ne puisse pas l'être par une déclaration réparatoire adéquate. Si le paragraphe supplémentaire qui est proposé est inclusif, le Rapporteur doute de la nécessité de mentionner expressément les dommages-intérêts symboliques.

<sup>362</sup> Voir D.M. Walker, *The Oxford Companion to Law* (Oxford, Clarendon Press, 1980) p. 883. L'octroi de montants tels que 500 \$ pour 24 heures d'emprisonnement ou 100 \$ pour la détention éphémère d'un navire, ne constituent pas en ce sens des dommages-intérêts symboliques, du fait notamment de la valeur de l'argent à l'époque considérée. Voir respectivement l'affaire *Moke*, décision du 16 août 1871, Moore, *International Arbitrations*, vol. IV, p. 3411; l'affaire *Arends, R.S.A.* vol. X, p. 729-730 (1956), citées par Arangio-Ruiz, *Deuxième rapport* (1989), p. 38 (par. 115).

<sup>363</sup> Voir Gray, *op. cit.* (1987), p. 28-29 et les références qu'elle cite. Il ne semble pas y avoir eu d'exemple d'octroi de dommages-intérêts symboliques par un tribunal international dans une affaire interétatique depuis l'attribution à la France de 1 FF dans la sentence des *Phares (R.S.A.)*, vol. XII, p. 216 (1956). Un tribunal du CIRDI a accordé des dommages-intérêts symboliques dans l'affaire *AGIP Spa v. Government of the Popular Republic of the Congo* (1979), *ICSID Reports*, vol. 1, p. 329 (3 FF pour le *lucrum cessans*, ce qui semble être une contradiction dans les termes), de même que la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'*Affaire Engel (Article 50)*, C.E.D.H., série A, n° 22, p. 69 (1976) (une "indemnité symbolique" de 100 Florins). Dans ces deux affaires, des sommes substantielles ont été octroyées sous d'autres chapitres. Dans d'autres affaires, les tribunaux ont rejeté le fait que des sommes symboliques puissent ajouter quoi que ce soit à une déclaration de violation : *Le Carthage, R.S.A.* vol. XI, p. 460-461 (1913); *Le Manouba, R.S.A.* vol. XI, p. 475 (1913).

189. L'attribution de dommages-intérêts substantiels au titre de la satisfaction, même en l'absence de preuve de l'existence d'un préjudice matériel, est tout à fait différente et l'on peut aisément envisager des circonstances où elle serait appropriée<sup>364</sup>. L'expression "dommages-intérêts substantiels" couvre tous les dommages-intérêts qui ne sont pas purement symboliques, même s'ils ne sont pas importants. Le paragraphe 2 c) de l'article 45 évoque, "en cas d'atteinte grave aux droits de l'État lésé, [le paiement de] dommages-intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte". Apparemment, cette disposition n'a pas prévu qu'une somme autre que purement symbolique puisse être due au titre de la satisfaction dans les cas qui ne concernent pas des atteintes graves. En d'autres termes, dans le cadre de la satisfaction, les dommages-intérêts qui peuvent être octroyés sont soit insignifiants soit très importants, mais il n'y a rien entre ces deux extrêmes. Le bien-fondé de cette limitation dépend, au moins en partie, du fait de savoir si le paragraphe 2 c) a effectivement traité de véritables dommages-intérêts punitifs, ou s'il met plutôt l'accent sur ce que certains systèmes juridiques internes décrivent comme des dommages-intérêts "aggravés" ou "exemplaires".

190. Dans son deuxième rapport, M. Arangio-Ruiz est clair sur ce point. L'article 10 qu'il propose fait référence aux "dommages-intérêts symboliques ou punitifs", bien que le rapport lui-même fasse plutôt mention des dommages-intérêts "de caractère afflictif"<sup>365</sup>. De l'avis de l'actuel Rapporteur spécial, s'il existe véritablement des dommages-intérêts punitifs, ils devraient avoir cette dénomination et ils devraient être disponibles, le cas échéant, uniquement dans les cas rares de violations manifestes et flagrantes. Il est possible que la formulation de l'alinéa c) soit équivoque à cet égard, mais l'intention, elle, est claire. Pourtant, selon le Président du Comité de rédaction, cet alinéa porte ...

"sur ce que la 'common law' appelle *exemplary damages*. Il s'agit en l'occurrence d'un degré supérieur de dommages-intérêts, accordés à la partie lésée en sus de l'équivalent de la perte effective, lorsqu'au tort qui lui a été fait s'ajoutent des circonstances aggravantes : violence, oppression, malveillance, fraude, agissements mal intentionnés de la part de la partie fautive. Le but de ce type de réparation est de "faire un exemple". Le Comité de rédaction n'a pas retenu l'expression *exemplary damages* parce qu'elle ne semble pas avoir d'équivalent dans d'autres langues, mais il a décidé d'utiliser le contenu de la notion qu'elle recouvre. [...] L'expression "en cas d'atteinte flagrante" vise à faire passer cette idée, en fixant haut la barre à partir de laquelle ce type de satisfaction devient possible<sup>366</sup>."

De manière implicite mais claire, le Comité (suivi en cela par la Commission) rejeta le concept de dommages-intérêts punitifs aux fins de l'article 45<sup>367</sup>. Le Rapporteur spécial actuel est à cet égard en parfait accord avec la position adoptée en 1992. Il n'existe pas de précédent, et très peu de justifications, pour l'attribution de véritables dommages-intérêts punitifs dans les hypothèses de responsabilité des États, en l'absence de régimes spéciaux permettant leur imposition<sup>368</sup>. La question de savoir si un tel régime peut et doit être établi est à aborder dans le cadre de la discussion des articles 19 et 51-53.

191. Le problème qui subsiste est dès lors de déterminer si des dommages-intérêts devraient être dus au titre de la satisfaction pour le préjudice non pécuniaire subi par les États, dans les cas qui n'impliquent pas une "atteinte grave". Il existe certainement dans le passé des exemples de décisions judiciaires et d'accords de règlement, où des sommes modestes, mais pas seulement symboliques, ont été dues au titre du préjudice non pécuniaire, et le Rapporteur spécial ne voit pas de raison justifiant l'exclusion de cette possibilité *a priori*. Il propose donc de supprimer les mots "en cas d'atteinte grave" dans l'alinéa c) actuel.

<sup>364</sup> Des dommages-intérêts de cette nature ont été octroyés au Canada dans l'affaire du *I'm Alone, R.S.A.*, vol. III, p. 1609 (1935), et à la Nouvelle-Zélande dans la sentence du Secrétaire général dans l'affaire du *Rainbow Warrior, R.S.A.*, vol. XX, p. 224 (1986).

<sup>365</sup> *Deuxième rapport* (1989), p. 60 (par. 191). Voir aussi p. 44-45.

<sup>366</sup> *Ann. ... 1992*, p. 235-236 (par. 57).

<sup>367</sup> L'éventualité d'accorder des dommages-intérêts punitifs ne constitue pas non plus l'une des conséquences spécifiques des "crimes internationaux" dans le chapitre IV de la deuxième partie, ainsi que le Rapporteur spécial actuel l'a souligné (Crawford, *Premier rapport* (A/CN.4/490/Add.1, 1998), par. 51).

<sup>368</sup> Voir les affaires citées dans le *premier rapport* (1998), *ibid.*, par. 63. Voir aussi S. Wittich, "Awe of the Gods and Fear of the Priests: Punitive Damages in the Law of State Responsibility", *Austrian Review of International and European Law*, vol. 3, 1998, p. 31; N. Jorgensen, "A Reappraisal of Punitive Damages in International Law", *British Yearbook of International Law*, vol. 68, 1997, p. 247.

### **Action disciplinaire ou autre à l'encontre d'individus**

192. L'action disciplinaire ou pénale est une autre forme de satisfaction mentionnée au paragraphe 2), qui peut s'avérer adéquate dans certains cas spécifiques. Bien que le Comité de rédaction eût indiqué, lors de l'adoption de ce paragraphe, que de tels cas seraient "rares"<sup>369</sup>, la pratique en fournit des exemples. Il n'apparaît pas toujours clairement néanmoins que les poursuites à l'encontre du comportement criminel ont été effectuées au titre de la satisfaction, ou plutôt comme un aspect de l'exécution d'une obligation primaire. Conformément aux conceptions établies de la satisfaction, cette catégorie doit intervenir dans les cas graves, mais le Rapporteur spécial appuie la proposition de la France visant à ce que les mots "une action disciplinaire ou pénale" remplacent "une action disciplinaire [...] ou leur châtement". Du fait de la séparation des pouvoirs, le gouvernement exécutif de l'État ne peut pas faire plus en réalité que de prendre l'engagement que toute affaire grave sera soumise comme il se doit aux autorités compétentes, aux fins d'enquête et de poursuites; il ne peut certainement pas garantir le châtement de personnes qui ne sont encore convaincues d'aucun crime.

#### **d) Les limitations à la satisfaction : article 45, paragraphe 3**

193. Un gouvernement propose la suppression du paragraphe c)<sup>370</sup>, entre autres raisons parce que la notion de "dignité" est trop vague pour fonder une restriction juridique. Cette objection a du vrai d'un point de vue terminologique; il y a cependant un passé de demandes excessives faites sous le couvert de la "satisfaction"<sup>371</sup>, ce qui paraît exiger une forme de limitation. Il est proposé que les demandes faites au titre de la satisfaction soient limitées aux mesures "proportionnées au préjudice en question"; en outre, ces demandes ne devraient pas prendre une forme qui serait humiliante pour l'État concerné.

#### **e) Conclusion sur l'article 45**

194. Pour ces motifs, le Rapporteur spécial propose la version suivante de l'article 45:

##### *Satisfaction*

1. L'État qui a commis un fait internationalement illicite est obligé d'offrir une satisfaction pour tout préjudice immatériel occasionné par ce fait.
2. En premier lieu, la satisfaction devrait prendre la forme d'une reconnaissance de la violation, accompagnée, le cas échéant, par l'expression de regrets ou des excuses formelles.
3. En outre, lorsque les circonstances l'exigent, la satisfaction peut prendre des formes supplémentaires qui sont à même d'assurer la réparation intégrale, telles que, *inter alia* :
  - a) des dommages-intérêts symboliques;
  - b) des dommages-intérêts correspondant à la gravité du préjudice;
  - c) lorsque la violation résulte de fautes graves d'agents de l'État ou d'agissements criminels de toute personne, une action disciplinaire ou pénale à l'encontre des responsables.
4. La satisfaction doit être proportionnée au préjudice en question et ne devrait pas prendre une forme humiliante pour l'État responsable.

<sup>369</sup> *Ann. ...1992*, p. 236 (par. 59).

<sup>370</sup> Voir *supra*, par. 176.

<sup>371</sup> Voir par ex. *supra*, par. 172, note 124. Ces demandes excessives employaient elles-mêmes le vocabulaire peu satisfaisant et subjectif de la "dignité" de l'État lésé.

## 5. Intérêts

### a) La question des intérêts dans le projet d'articles

195. Le paragraphe 2 de l'article 44 aborde rapidement la question des intérêts. Il se contente d'indiquer que "l'indemnisation [...] peut comprendre des intérêts [...]". Le commentaire du paragraphe 2 de l'article 44 est un peu plus développé, ce qui reflète le traitement plus substantiel que M. Arangio-Ruiz avait réservé à ce problème dans son deuxième rapport<sup>372</sup>. Le Rapporteur y affirmait son soutien à l'existence d'une règle générale sur le droit aux intérêts, qui couvrirait la période allant de l'apparition de la réclamation jusqu'au paiement effectif, et qui ne serait pas limitée aux demandes de règlement en argent. En outre, les intérêts composés devaient à son avis "être octroyés dès lors qu'ils s'avér[ai]ent indispensables à la réparation intégrale du préjudice subi par l'État lésé<sup>373</sup>". En revanche, son article 9, relatif aux intérêts, ne posait pas comme règle générale le droit aux intérêts simples (par opposition aux intérêts composés) et se limitait à préciser l'étendue de la période couverte par les intérêts, dus "pour manque à gagner ... sur une somme d'argent"<sup>374</sup>. Bien qu'il ait pu s'agir uniquement d'un problème d'expression, le paiement des intérêts n'était pas de la sorte simplement limité aux demandes d'argent mais également aux demandes relatives au manque à gagner. Pourtant, si le principe fondamental réside dans le droit pour l'État lésé d'obtenir des intérêts dans la mesure nécessaire à la réalisation d'une réparation intégrale, on comprend mal comment ces deux limitations peuvent être justifiées *a priori*.

196. Lors du débat tenu en première lecture, ce décalage entre les arguments favorables aux intérêts présentés dans le rapport et l'article 9 finalement proposé fut souligné; des préoccupations s'exprimèrent également quant à l'acceptabilité d'un traitement détaillé de ces problèmes<sup>375</sup>. Le Comité de rédaction supprima l'article au motif "qu'il serait extrêmement difficile d'élaborer, sur de telles questions, des règles précises susceptibles de recueillir un large appui". Selon lui, il suffisait "de poser un principe général et de l'énoncer de manière assez souple, laissant au juge ou à la tierce partie associée au règlement du différend le soin de déterminer dans chaque cas si des intérêts doivent être payés"<sup>376</sup>.

197. Le paragraphe 2 de l'article 8 est certainement rédigé de manière "assez souple"; le problème est qu'il ne pose aucun "principe général" de quelque nature que ce soit mais se contente d'indiquer une éventualité. Selon le commentaire, l'expression utilisée a pour objet d'affirmer "qu'il n'y a ni droit automatique à des intérêts ni présomption en la matière en faveur de l'État lésé<sup>377</sup>", même si, comme il le souligne, la pratique étatique "semble favorable à l'allocation d'intérêts s'ajoutant au principal de l'indemnité<sup>378</sup>". Le Comité de rédaction chercha manifestement à distinguer, par la terminologie employée au paragraphe 2, l'allocation d'intérêts et la réparation du manque à gagner. Dans la mesure où celle-ci n'est possible que "le cas échéant", il semble que les intérêts devraient être attribuables de façon plus générale<sup>379</sup>. Mais cette conclusion n'est ni très ferme ni convaincante; tout ce que l'article dit est que l'indemnisation "peut" comprendre des intérêts. Le commentaire est cependant plus précis lorsqu'il souligne que "la fixation du *dies a quo* et du *dies ad quem* aux

<sup>372</sup> *Deuxième rapport* (1989), p. 24-33 (par. 77-105).

<sup>373</sup> *Ibid.*, p. 33 (par. 105).

<sup>374</sup> *Ibid.*, p. 60. L'article qu'il proposait était libellé comme suit :

"1. Lorsque l'indemnité due pour manque à gagner consiste dans le versement d'intérêts sur une somme d'argent, lesdits intérêts :

(a) Courent du premier jour qui n'a pas été pris en considération, aux fins de l'indemnisation, dans le calcul du montant accordé à titre de principal;

(b) Courent jusqu'au jour du paiement effectif.

2. Des intérêts composés sont accordés en tant que de besoin en vue d'assurer une indemnisation intégrale, et le taux d'intérêt appliqué est celui qui convient le mieux pour obtenir ce résultat".

<sup>375</sup> *Ann. ... 1990*, vol. I, p. 154-155, 158, 161, 164, 166-167, 172, 175, 178, 181, 184, 185, 190, 194, 195, 196, 197, 200, 206. A en juger par le débat, la Commission était prête à accepter une proposition mettant l'accent sur l'existence d'un droit général aux intérêts dans la mesure nécessaire pour assurer une réparation intégrale, mais était préoccupée par la possibilité que l'article 9 "traite [...] seulement d'un problème secondaire", sur lequel la pratique était divergente (*ibid.*, p. 161 (par. 10), M. Tomuschat); cf. *Ibid.*, p. 164 (par. 10) (M. Ogiso : "des règles trop détaillées sur des questions telles que le taux d'intérêt ou les intérêts composés, sur lesquelles le droit international n'est pas clair").

<sup>376</sup> *Ann. ... 1992*, vol. I, p. 234 (par. 48).

<sup>377</sup> Commentaire de l'article 44, par. 24.

<sup>378</sup> *Ibid.*, par. 25.

<sup>379</sup> *Ann. ... 1992*, vol. I, p. 234-235 (par. 49) (M. Yankov, Président du Comité de rédaction).

fins du calcul des intérêts et l'allocation d'intérêts cumulés sont des questions à résoudre en fonction des particularités de chaque cas<sup>380</sup>.

198. Comme cela a été indiqué au paragraphe 152 ci-dessus, certains gouvernements défendent ce traitement hésitant de la question des intérêts dans l'article 44, paragraphe 2; d'autres sont beaucoup plus critiques et soulignent qu'il conduit à déstabiliser le principe selon lequel des intérêts devraient être alloués lorsque cela est nécessaire pour indemniser une partie lésée du préjudice créé par un fait internationalement illicite. Dans cette perspective, il faut noter que ni le Rapporteur spécial ni les membres de la Commission n'ont contesté ce principe lors du débat tenu en première lecture; tous ceux qui se sont alors exprimés sur le sujet l'ont même appuyé.

**b) Le rôle des intérêts dans le cadre de la réparation<sup>381</sup>**

199. Considérant les commentaires faits par les gouvernements et d'autres critiques portées au projet d'articles, deux questions se posent. La première concerne le véritable rôle de l'allocation d'intérêts comme aspect de la réparation d'un fait internationalement illicite; la seconde est de savoir s'il est souhaitable d'inclure une disposition sur les intérêts dans le projet d'articles.

**Un principe général ?**

200. Pour ce qui touche à la première question, le deuxième rapport de M. Arangio-Ruiz contient une étude utile des précédents et de la doctrine. L'existence d'une règle, au moins générale, reconnaissant la possibilité d'allouer des intérêts lorsque cela est nécessaire pour parvenir à la réparation intégrale est également confortée par la jurisprudence la plus récente.

201. Il faut souligner que la première (et en réalité la seule) fois où la Cour permanente de Justice internationale a véritablement déterminé l'indemnisation due au titre d'un fait internationalement illicite, elle y a inclus des intérêts. Dans l'affaire du *Wimbledon* en effet, la Cour attribua des intérêts simples de 6% à compter de la date de l'arrêt, apparemment sur le fondement de l'idée que les intérêts étaient seulement exigibles à partir "du moment où le montant de la somme due a été fixé et l'obligation de payer établie<sup>382</sup>". Bien que l'indemnisation eût été déterminée par rapport aux coûts réels du détournement du navire français, il s'agissait en l'espèce d'une réclamation de droit public fondée sur la violation d'un traité<sup>383</sup>. Dans l'*Affaire du Détroit de Corfou (fixation du montant des réparations)*<sup>384</sup>, une autre procédure interétatique, la question des intérêts ne fut pas soulevée.

202. La question de l'allocation d'intérêts a fréquemment surgi dans d'autres enceintes judiciaires, à la fois dans des affaires où le différend portait sur un préjudice subi par des personnes privées et dans de véritables différends interétatiques<sup>385</sup>. Le cas du Tribunal des Différends irano-américains mérite d'être souligné à cet égard<sup>386</sup>. Dans *République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique (Affaire A-19)*, le Tribunal plénier a considéré que sa compétence générale à l'égard des différends s'étendait au pouvoir d'allouer des intérêts, mais il a refusé de poser des critères uniformes sur ce

<sup>380</sup> Commentaire de l'article 44, par. 26.

<sup>381</sup> Sur les intérêts en droit international général, voir par ex. I. Brownlie, *State Responsibility Part I* (Oxford, Clarendon Press, 1983) p. 227-229; J. Barker, "The Valuation of Income Producing Property in International Law" (University of Cambridge, PhD thesis, 1998), ch. 7 et les travaux qui y sont cités. Sur l'expérience fournie par le droit comparé et le droit international privé, voir par ex. M. Hunter & V. Triebel, "Awarding Interest in International Arbitration" (1989), *Journal of International Arbitration*, vol. 6, p. 7; J.Y. Gotanda, "Awarding Interest in International Arbitration", *AJIL* (1996), vol. 90, p. 40; J. Y. Gotanda, *Supplemental Damages in Private International Law* (Kluwer, The Hague, 1998), ch. 2-3.

<sup>382</sup> *C.P.J.I.*, série A No. 1 (1923), p. 32. La Cour considéra que la demande de la France, visant à ce que le taux d'intérêt fût fixé à 6%, était bien fondée, étant donnée "la situation financière actuelle du monde, en tenant compte des conditions admises pour les emprunts publics".

<sup>383</sup> La Cour permanente étudia aussi le paiement des intérêts dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów (Fond)*, *C.P.J.I.*, série A No 17 (1928) p. 17 (et évoqua l'allocation d'un montant équivalant à un intérêt de 5 % per annum de la date de la saisie à celle du paiement). Le montant ne fut cependant pas fixé puisque celui de l'indemnisation fit l'objet d'un accord ultérieur entre les parties.

<sup>384</sup> *Rec. C.I.J.*, 1949, p. 244.

<sup>385</sup> Dans la première affaire où il a déterminé une indemnisation, le Tribunal international du Droit de la Mer a alloué des intérêts à des taux différents par rapport à différentes catégories de préjudice; voir l'*Affaire du M.V. Saiga (No. 2)*, arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1999, par. 173, reproduit in *I.L.M.*, vol. 38, p. 1323 (1999).

<sup>386</sup> Voir G.H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996) p. 474-479; C.N. Brower & J.D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* (Nijhoff, The Hague, 1998), ch. 18.

point, au motif que cela relevait de la compétence de chaque Chambre et "de l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui leur est accordé pour décider de chaque espèce"<sup>387</sup>. Sur la question de principe, le Tribunal déclara :

"Les demandes d'intérêts font partie de l'indemnisation qui est recherchée et ne constituent pas une action distincte qui exigerait une conclusion juridictionnelle indépendante. Aux termes de l'article V de la Déclaration sur le Règlement des Différends, ce Tribunal doit trancher les différends "sur la base du respect du droit". Ce faisant, il a régulièrement traité les intérêts, lorsqu'ils faisaient l'objet d'une demande, comme partie intégrante du "différend" qu'il a le devoir de trancher. Le Tribunal note que les Chambres ont toutes alloué des intérêts au titre de "l'indemnisation des dommages subis du fait du retard de paiement". [...] En réalité, les tribunaux arbitraux ont coutume d'allouer des intérêts dans le cadre des dommages-intérêts qu'ils accordent, nonobstant l'absence de référence expresse aux intérêts dans le *compromis*. Étant donné que la possibilité d'allouer des intérêts est inhérente au pouvoir du Tribunal de trancher les différends, l'exclusion de cette faculté ne pourrait être fondée que sur une disposition expresse de la Déclaration sur le Règlement des Différends. Aucune disposition de cette nature n'existe. Le Tribunal conclut par conséquent qu'il entre clairement dans le cadre de ses pouvoirs d'allouer des intérêts au titre de l'indemnisation du dommage qui a été subi"<sup>388</sup>.

Le Tribunal a alloué des intérêts à un taux légèrement inférieur dans le cadre de différends intergouvernementaux<sup>389</sup>. Il n'a pas alloué d'intérêts dans certains cas, notamment lorsqu'il a considéré que l'indemnisation complète pouvait être obtenue par le versement d'une somme forfaitaire, ou en raison d'autres circonstances particulières<sup>390</sup>.

203. La Décision n°16 du Conseil d'administration de la Commission d'Indemnisation des Nations Unies aborde la question des intérêts. Elle dispose :

"1. Il sera alloué des intérêts aux requérants dont la réclamation aura été acceptée à partir de la date à laquelle la perte leur a été infligée jusqu'à la date du paiement, à un taux suffisant pour compenser la perte découlant pour eux de l'impossibilité de faire usage pendant l'intervalle du principal de l'indemnité octroyée.

2. Les méthodes de calcul et de paiement des intérêts seront examinées par le Conseil d'administration le moment venu.

3. Les intérêts seront payés après les montants alloués au titre du principal"<sup>391</sup>.

Ici encore, la décision de principe, favorable à l'allocation d'intérêts si ceux-ci sont nécessaires à l'indemnisation du demandeur, est combinée à la souplesse de l'application de ce principe; les intérêts, s'ils constituent une forme d'indemnisation, sont néanmoins considérés comme un élément secondaire, subordonné au montant principal de la réclamation.

204. L'allocation d'intérêts est parfois effectuée également, ou au moins envisagée, par les cours et tribunaux compétents en matière de droits de l'homme, bien que la pratique de l'indemnisation dans ces enceintes soit relativement conservatrice et que les différends y aient presque toujours une origine non pécuniaire. L'octroi de ces intérêts peut par exemple avoir pour objet de protéger la valeur des dommages-intérêts qui ont été accordés et sont exigibles par des versements échelonnés dans le temps; ces intérêts prennent donc la forme d'intérêts moratoires<sup>392</sup>.

<sup>387</sup> (1987), *Iran-US Claims Tribunal Reports*, vol. 16, p. 290 [traduction non officielle]. Comme Aldrich le souligne ((1996) p. 475-476), la pratique des trois Chambres n'a pas été entièrement uniforme.

<sup>388</sup> (1987), *Iran-US Claims Tribunal Reports*, vol. 16, p. 289-90 [traduction non officielle].

<sup>389</sup> Voir Brower & Brueschke (1998), p. 626-627, avec des références aux différentes affaires. Le taux adopté était de 10%, à comparer à celui de 12% pour les différends commerciaux.

<sup>390</sup> Voir Aldrich (1996), p. 476-477. Voir aussi l'analyse détaillée fournie par la Chambre III (Virally, Brower, Ansari) in *McCullough & Co. Inc. v. Ministry of Post, Telegraph & Telephone & others* (1986), *Iran-US C.T.R.*, vol. 11, p. 26-31.

<sup>391</sup> S/AC.26/1992/16, "Allocation d'intérêts", 4 janvier 1993.

<sup>392</sup> Voir par ex. l'affaire *Velásquez Rodríguez (indemnisation)*, C.I.D.H., série C, No. 71 (1989), par. 57. La Cour européenne des Droits de l'Homme adopte à présent une approche similaire : voir par ex. l'affaire *Papamichaelopoulos c. Grèce (Art. 50)*, C.E.D.H.,

205. Dans la pratique la plus récente, les commissions d'indemnisation et tribunaux nationaux ont généralement alloué des intérêts lorsqu'ils ont fixé le montant des indemnisations. Cependant, dans certains cas de règlements forfaitaires partiels, les réclamations ont été expressément limitées au principal, au motif que priorité devait être donnée à celui-ci, du fait de la faiblesse du fonds à distribuer<sup>393</sup>.

206. Bien que la tendance soit clairement à la multiplication de l'allocation d'intérêts comme élément de la réparation intégrale, même les partisans de l'octroi d'intérêts admettent qu'il n'existe pas d'approche uniforme, au niveau international, aux questions de quantification et de fixation du montant des intérêts qui sont alloués en réalité<sup>394</sup>. Ainsi, selon Gotanda :

"Il n'existe pas d'approche uniforme parmi les tribunaux internationaux sur l'allocation des intérêts. Par conséquent, l'octroi d'intérêts varie dans une large mesure. Il y a peu d'accord sur les circonstances qui permettent le paiement d'intérêts et les taux auxquels les intérêts ont été alloués varient de 3% à 20%."<sup>395</sup>

### La question des intérêts composés

207. Un autre aspect du problème des intérêts concerne l'octroi possible d'intérêts composés. M. Arangio Ruiz était, au titre du développement progressif au moins, en faveur des intérêts composés, qui devaient "être octroyés dès lors qu'ils s'avér[ai]ent indispensables à la réparation intégrale du préjudice subi par l'État lésé<sup>396</sup>". La Commission ne retint cependant pas sa proposition sur ce point, et le commentaire indique seulement que les questions liées aux intérêts composés "sont [...] à résoudre en fonction des particularités de chaque cas"<sup>397</sup>.

208. En réalité, les cours et tribunaux ont généralement pris position contre l'allocation d'intérêts composés, y compris ceux qui considèrent que les demandeurs sont normalement en droit de recevoir des intérêts compensatoires. Ainsi, le Tribunal des Différends irano-américains a constamment rejeté les demandes d'intérêts composés, y compris dans les cas où le demandeur avait subi un préjudice du fait des charges d'intérêts composés portant sur l'endettement lié à la réclamation. Dans l'affaire *J.R. Reynolds Tobacco Co. c. Gouvernement de la République islamique d'Iran*, le Tribunal ne trouva pas...

"de raisons particulières pour s'écarter des précédents internationaux, qui ne permettent pas normalement l'allocation d'intérêts composés. Ainsi qu'un auteur l'a relevé, "[i]l y a peu de règles dans le domaine des dommages-intérêts en droit international qui soient aussi bien établies que celle selon laquelle les intérêts composés ne sont pas permis". [...] Même si l'expression "toutes sommes" peut être comprise comme incluant les intérêts, et partant, l'allocation d'intérêts composés, le Tribunal, du fait du caractère ambigu des mots employés, interprète cette clause à la lumière de la règle internationale qui vient d'être rappelée, et exclut donc les intérêts composés"<sup>398</sup>.

Conformément à cette approche, le Tribunal a interprété strictement les clauses contractuelles qui semblaient permettre l'octroi d'intérêts composés, afin d'empêcher que le demandeur obtienne un profit "complètement disproportionné au préjudice éventuel qu'[il] pourrait avoir subi du fait de ne pas avoir à sa disposition les montants exigibles"<sup>399</sup>.

---

série A, vol. 330-B, (1995) par. 39. Dans cette affaire, les intérêts étaient exigibles seulement à l'égard du montant des dommages-intérêts pécuniaires qui avaient été octroyés. Voir Shelton (1999), p. 270-272.

<sup>393</sup> Barker (1998) p. 209, 237-238. Voir par ex. le *Foreign Compensation (People's Republic of China) Order* 1987 (Royaume-Uni), s. 10, donnant effet à un Accord de Règlement du 5 juin 1987 (U.K.T.S. No. 37 (1987)).

<sup>394</sup> Il faut souligner que beaucoup d'États islamiques, influencés par la Shari'a, interdisent dans la loi ou même la Constitution le versement d'intérêts. Ils ont cependant développé des alternatives aux intérêts dans un cadre commercial et international. Ainsi, le paiement d'intérêts est prohibé par la Constitution iranienne (Principes 43, 49), mais le Conseil des Gardiens de la Révolution a considéré que cette injonction ne s'appliquait pas aux "gouvernements, institutions, compagnies et personnes étrangers qui, conformément aux principes de leur propre foi, ne considèrent pas que [les intérêts] sont interdits" [traduction non officielle]. Voir Gotanda (1998) p. 39-40, avec les références citées.

<sup>395</sup> Gotanda (1998), p. 13 (références omises).

<sup>396</sup> *Deuxième rapport, Ann. ... 1989*, vol. II (première partie), p. 33 (par. 105).

<sup>397</sup> Commentaire de l'article 44, par. 26.

<sup>398</sup> 1984, *Iran-US C.T.R.*, vol. 7, p. 191-192, citant M. Whiteman, *Damages in International Law* (Washington, 1943) vol. 3, p. 1997 [traduction non officielle].

<sup>399</sup> *Anaconda-Iran, Inc. c. Gouvernement de la République islamique d'Iran*, 1986, *Iran-US C.T.R.*, vol. 13, p. 235 [traduction non officielle]. Voir aussi Aldrich (1996), p. 477-478.

209. La majorité des sources continue donc de partager l'opinion exprimée par l'Arbitre Huber dans l'*Affaire des Biens britanniques au Maroc espagnol* :

"la jurisprudence arbitrale en matière de compensations à accorder par un État à un autre pour dommages subis par les ressortissants de celui-ci sur le territoire de celui-là – jurisprudence pourtant particulièrement riche – est unanime [...] pour écarter les intérêts composés. Dans ces circonstances, il faudrait des arguments particulièrement forts et de nature toute spéciale pour admettre en l'espèce ce type d'intérêt<sup>400</sup>".

Cela est également vrai des intérêts composés dans le cadre des différends interétatiques.

210. Plusieurs auteurs (notamment F.A. Mann) ont cependant défendu la révision de ce principe, au motif que "les intérêts composés raisonnablement encourus par la partie lésée devraient être recouvrables comme éléments du dommage<sup>401</sup>". Ce point de vue a été partagé par un Tribunal du CIRDI dans une affaire récente, *Compañía des Desarrollo de Santa Elena SA c. Republic of Costa Rica*<sup>402</sup> :

"Si les intérêts simples tendent à être alloués plus fréquemment que les intérêts composés, ceux-ci ne sont certainement pas inconnus ou exclus en droit international. Aucune règle de droit uniforme n'a émergé de la pratique arbitrale internationale en ce qui concerne la question de savoir si l'octroi d'intérêts simples ou composés est approprié dans un cas donné. La détermination des intérêts constitue davantage un effet de la fonction de juger, où sont prises en considération toutes les circonstances de l'affaire concernée, et notamment les considérations de justice, lesquelles font partie intégrante du droit que ce Tribunal doit appliquer.

Lorsqu'en particulier, le propriétaire d'un bien a perdu à une période antérieure la valeur de son avoir mais n'a pas reçu l'équivalent monétaire qui lui était dès lors dû, le montant de l'indemnisation devrait refléter, au moins partiellement, la valeur supplémentaire que cet argent aurait prise, s'il avait été chaque année réinvesti, avec le revenu qu'il engendrait, aux taux d'intérêt généralement applicables. L'objet des intérêts composés n'est pas de blâmer, ou de sanctionner, qui que ce soit à raison du retard pris dans le paiement à effectuer au propriétaire exproprié; il s'agit d'un mécanisme visant à assurer que l'indemnisation offerte au demandeur est adéquate au vu des circonstances.

En l'espèce, l'allocation d'intérêts simples ne serait pas justifiée, étant donné que, [...] pendant presque vingt-deux ans, [le demandeur] n'a été en mesure ni d'utiliser la propriété aux fins du développement touristique qu'il avait projeté en achetant Santa Elena, ni de vendre cette propriété. D'un autre côté, l'octroi d'intérêts composés complets ne refléterait pas les faits de l'espèce, dès lors que [le demandeur], s'il a supporté la charge du maintien de la propriété, en a conservé la possession, a pu l'utiliser et l'exploiter dans une mesure limitée<sup>403</sup>".

En fait, le Tribunal a accordé une somme forfaitaire au titre de l'indemnisation des dommages subis par la propriété du fait de mesures prises 23 ans auparavant. Des intérêts moratoires ont été alloués sur la base d'intérêts simples, à l'expiration d'un bref délai de grâce pour le paiement.

<sup>400</sup> R.S.A., vol. II, p. 650 (1924), cité par Arangio-Ruiz, *Deuxième rapport* (1989) par. 101. Le rapport cite plusieurs affaires ultérieures dans lesquelles des intérêts composés ont été alloués ou, tout au moins, n'ont pas été rejetés par principe. La sentence *Aminoil* en est un exemple récent, où les intérêts alloués étaient composés pour une période donnée, sans que cela soit expliqué. Cela équivaut en l'espèce à 15% du montant total final (Barker (1998) p. 233, n. 119). Voir *Gouvernement du Koweït c. American Independent Oil Co.*, (1982), *I.L.R.*, vol. 66, p. 613 (Reuter, Sultan, Fitzmaurice).

<sup>401</sup> F.A. Mann, "Compound Interest as an Item of Damage in International Law", in *Further Studies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1990), p. 383. Avec son enthousiasme caractéristique, Mann soutient que cette proposition "devrait non seulement être intégrée au droit anglais, mais devrait être acceptée partout où des dommages-intérêts peuvent être alloués et devrait donc être considérée comme un principe général de droit" (*ibid.*). Voir aussi Gotanda (1996) p. 61, proposant des intérêts composés trimestriellement (ici encore, *de lege ferenda*).

<sup>402</sup> Affaire CIRDI No. ARB/96/1, sentence finale du 1<sup>er</sup> février 2000 (Fortier, Lauterpacht, Weil).

<sup>403</sup> Sentence non publiée, par. 103-105 [traduction non officielle].

211. En résumé, bien que les intérêts composés ne soient pas généralement accordés en droit international ou par les juridictions internationales, il peut y avoir des circonstances spéciales qui justifient un facteur de composition dans le cadre de la réparation intégrale. Il faut néanmoins rester prudent si l'on ne veut pas que l'octroi d'intérêts composés conduise à allouer une somme trop importante et disproportionnée, où le montant des intérêts excéderait de beaucoup celui dû au principal.

### Questions liées au taux d'intérêt et à la période à prendre en considération

212. La troisième question a trait au mode de calcul des intérêts : elle soulève quantité de problèmes concernant la date originaire (celle de la violation, celle à laquelle le paiement aurait dû être effectué, celle de la réclamation ou de la demande), la date terminale (celle de l'accord de règlement ou de la sentence, celle du paiement effectif), ainsi que le taux d'intérêt applicable (taux actuel retenu par l'État défendeur, par l'État demandeur, taux d'emprunts internationaux). Comme cela a déjà été noté, il n'existe pas aujourd'hui de traitement uniforme de ces questions. En pratique, les circonstances de chaque cas d'espèce et le comportement des parties exercent une forte influence sur les modalités choisies. Bien que l'article 9 proposé par M. Arangio-Ruiz eût retenu la date de la violation comme date originaire pour le calcul de la période couverte par les intérêts, la détermination de cette date peut présenter des difficultés et beaucoup de systèmes juridiques exigent que le paiement soit requis par le demandeur avant que les intérêts ne commencent à courir<sup>404</sup>. L'absence de demande de paiement dans les délais adéquats est de toute façon un facteur important dans la décision d'allouer ou non des intérêts. En ce qui concerne les intérêts moratoires (postérieurs à la décision), une période de grâce pour le paiement (de l'ordre de six semaines à trois mois) est permise dans certains cas, mais pas dans tous, avant que les intérêts ne commencent à courir. Il y a beaucoup de sagesse dans l'observation du Tribunal des Différends irano-américains selon laquelle ces questions, si elles ne peuvent être résolues par les parties, doivent être laissées à "l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui est accordé [aux différentes juridictions] pour décider de chaque espèce"<sup>405</sup>. D'un autre côté, le caractère anarchique des décisions et de la pratique actuelles incite à penser qu'il peut être utile d'établir une présomption, qui serait applicable à moins que les parties n'en décident autrement d'un commun accord ou que des considérations particulières aillent en sens contraire.

#### c) Une disposition sur les intérêts ?

213. Le Rapporteur spécial partage la critique selon laquelle le paragraphe 2 de l'article 44, tel qu'il est actuellement rédigé, ne reflète pas l'état présent du droit international en matière d'intérêts compensatoires. En principe, l'État lésé est en droit de recevoir des intérêts sur le principal de la somme représentant son préjudice, si cette somme est déterminée à une date antérieure à celle du règlement, de l'arrêt ou de la sentence, relatifs à la réclamation, et dans la mesure qui est nécessaire pour assurer la réparation intégrale<sup>406</sup>. Bien qu'il constitue un aspect de l'indemnisation, ce droit est considéré en pratique comme un élément distinct des dommages-intérêts, et ce seul fait tend à indiquer qu'il devrait faire l'objet d'un article séparé dans le chapitre II. Cet article ne devrait pas être limité (à l'inverse semble-t-il de la proposition de M. Arangio-Ruiz) aux montants qui sont alloués au titre du manque à gagner. Dans l'état actuel des sources, il est en revanche exagéré de prétendre qu'il existe un droit aux intérêts composés. Le commentaire devrait indiquer que, dans certaines circonstances particulières, des intérêts composés peuvent être alloués, dans la mesure nécessaire à l'obtention de la réparation intégrale. Le commentaire devrait aussi expliquer clairement que l'article qui est proposé porte uniquement sur les intérêts compensatoires. Le pouvoir qu'a une cour ou un tribunal d'accorder des intérêts moratoires (postérieurs à sa décision) doit d'abord être considéré comme une question relevant de sa propre procédure et partant, hors du champ du projet d'articles.

214. En conséquence, le Rapporteur spécial propose l'article 45 *bis* suivant :

#### *Intérêts*

1. Des intérêts sur toute somme principale exigible selon le projet d'articles sont également dus dans la mesure qui est nécessaire pour assurer la réparation intégrale. Le taux d'intérêt et le mode de calcul sont ceux qui conviennent le mieux pour obtenir ce résultat.

<sup>404</sup> La date de la demande formelle fut retenue comme la date pertinente par la Cour permanente d'Arbitrage dans l'*Affaire de l'Indemnité russe* (R.S.A., vol. XI, p. 442 (1912)), par analogie avec la position généralement adoptée dans les systèmes juridiques internes européens.

<sup>405</sup> (1987), *Iran-US Claims Tribunal Reports*, vol. 16, p. 290, *supra*, par. 202.

<sup>406</sup> Ainsi, les intérêts peuvent ne pas être accordés lorsque le préjudice est fixé en valeur courante à la date de la sentence. Voir la sentence des *Phares*, (1950), *I.L.R.*, vol. 23, p. 676.

2. A moins qu'il en soit autrement décidé ou accepté par accord, les intérêts courent du premier jour qui n'a pas été pris en considération dans la détermination du montant exigible à titre de principal, jusqu'au jour du règlement de la réclamation.

## 6. Atténuation de la responsabilité

215. Deux problèmes se posent lorsque l'on passe de la question de l'étendue de la responsabilité à celle de son atténuation. Le premier, qui est abordé dans l'article 42, paragraphe 2 tel qu'adopté en première lecture, concerne les hypothèses où l'État qui invoque la responsabilité a lui-même contribué de manière substantielle à la perte subie. Le second a trait aux cas où, bien que cette perte puisse être attribuable à l'État responsable, l'autre État n'a pas pris les mesures qui étaient raisonnablement à sa disposition pour atténuer la perte.

### a) Faute contributive

216. Dans sa version actuelle, le paragraphe 2 de l'article 42 porte sur la faute contributive et l'atténuation de la responsabilité<sup>407</sup>. Il n'est pas adéquat de l'incorporer, à l'instar de l'article 42 paragraphe 1, en tant que principe général dans le chapitre premier, mais il doit être conçu comme une restriction aux formes de la réparation dans le chapitre II.

217. Le paragraphe 2 de l'article 42 dispose :

"2. Pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la négligence ou de l'action ou omission délibérée :

- a) de l'État lésé, ou
- b) d'un ressortissant de l'État au nom duquel la demande est présentée,

qui a contribué au dommage".

218. Le contenu de ce qui constitue à présent le paragraphe 2 de l'article 42 fut initialement proposé par M. Arangio-Ruiz dans le cadre spécifique de la réparation par équivalent, c'est-à-dire de l'indemnisation. L'une des options qu'il avait présentées comportait en effet une disposition prévoyant la réduction de l'indemnisation dans l'hypothèse de causes concomitantes, "notamment lorsque la négligence de l'État lésé a pu [...] contribuer" au dommage<sup>408</sup>. Le Comité de rédaction rejeta sa théorie des causes concomitantes mais conserva la disposition traitant spécialement de la faute contributive, parce qu'il paraissait équitable d'en tenir compte dans la détermination de la forme et de l'étendue de l'obligation de réparation<sup>409</sup>.

219. Le commentaire du paragraphe 2 de l'article 42 souligne que "la doctrine [comme] la pratique ont généralement reconnu qu'il doit être tenu compte de ce facteur pour déterminer la réparation"<sup>410</sup>. Cela se vérifie particulièrement dans le cadre de l'indemnisation, mais cet élément s'avère également pertinent en ce qui concerne les autres formes de réparation et peut-être même à l'égard du choix à opérer entre celles-ci<sup>411</sup>. Le commentaire précise que l'expression "la négligence ou l'action ou omission délibérée [...]" qui a contribué au dommage" est empruntée au paragraphe 1 de l'article VI de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux<sup>412</sup>.

<sup>407</sup> Ce thème n'a pas été beaucoup abordé par la doctrine; voir néanmoins D.J. Bederman, "Contributory Fault and State Responsibility", *Virginia Journal of International Law*, vol. 30, 1990, p. 335-369; J. Salmon, "La place de la faute de la victime dans le droit de la responsabilité internationale", in *International Law at the Time of its Codification. Essays in honour of Roberto Ago* (Giuffrè, Milan, 1987) vol. iii, p. 371-397.

<sup>408</sup> Voir Arangio-Ruiz, *Deuxième rapport* (1989), p. 60, et, pour le débat, *ibid.*, p. 16-17.

<sup>409</sup> Voir *Ann. ... 1992*, vol. I, p. 231-232 (par. 20-26).

<sup>410</sup> Commentaire de l'article 42, par. (7), avec des renvois à la doctrine; texte in *Ann. ... 1993*, vol. II (deuxième partie), p. 62.

<sup>411</sup> *Ibid.*

<sup>412</sup> *Ibid.* Pour le texte de la Convention du 29 mars 1972, voir *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 961, p. 188. Selon le paragraphe 1 de l'article VI, l'État de lancement est exonéré de la responsabilité pour ces dommages "dans la mesure où il établit que le dommage résulte, en totalité ou en partie, d'une faute lourde ou d'un acte ou d'une omission commis dans l'intention de provoquer un

220. Les gouvernements qui ont fait des observations spécifiques sur l'article 42, paragraphe 2<sup>413</sup> ne demandent pas expressément sa suppression mais sont généralement préoccupés par la rédaction de la disposition et les conceptions qui la sous-tendent. S'il reconnaît que les facteurs pris en considération dans l'article 42, paragraphe 2 "ne sont pas en eux-mêmes sujets à controverse", le Royaume-Uni se demande pourquoi l'accent est seulement mis sur la négligence et le comportement délibéré; d'autres éléments, tels que "la nature de la règle qui a été violée et de l'intérêt que l'on s'efforce de protéger", mériteraient également une mention expresse. Dans la mesure où cette disposition s'applique à la réparation et non pas simplement à l'indemnisation, le gouvernement britannique est "préoccupé par le fait qu'en adoptant une telle approche, qui semble s'appuyer sur la notion de faute concurrente ou de négligence, l'on cherche à ériger en principe général relevant de la responsabilité des États une question qui ne concerne qu'un aspect de certaines règles de fond du droit international<sup>414</sup>". Les États-Unis s'interrogent également sur l'intention qui motive l'article 42, paragraphe 2. De leur point de vue, il n'apparaît pas clairement si le paragraphe fait intervenir "la faute de la victime, une faute susceptible, du point de vue de la *common law*, d'effacer totalement la responsabilité de l'État auteur du fait illicite, ou s'il signifie un abandon partiel du critère de "réparation intégrale<sup>415</sup>". Pour les États-Unis, la première solution serait inacceptable. Quant à l'adoption de "la notion de faute relative", ils considèrent qu'elle conduirait à introduire dans le projet d'articles un critère imprécis, qui n'est pas établi dans le droit actuel de la responsabilité des États et serait "susceptible de donner lieu à des abus de la part d'États auteurs<sup>416</sup>". Le même gouvernement déclare cependant comprendre "les difficultés que posent les situations dans lesquelles un État lésé ou un ressortissant ont une part de responsabilité dans l'*étendue* du dommage<sup>417</sup>" et reconnaît que l'État lésé "peut dans certains cas être tenu d'atténuer le dommage<sup>418</sup>". La France suggère que le paragraphe 2 b) soit limité au cas de la protection diplomatique et donc rédigé avec le membre de phrase "d'un ressortissant de l'État exerçant la protection diplomatique, qui a contribué au dommage<sup>419</sup>".

221. On peut admettre que le paragraphe 2 de l'article 42 relève en partie du développement progressif, notamment dans le cadre des obligations interétatiques (par contraste avec la protection diplomatique). D'un autre côté, il semble raisonnable de tenir compte du comportement de l'État lésé pour déterminer la forme et l'étendue de la réparation due; en pratique, il est d'ailleurs pris en considération de diverses manières. Le Rapporteur spécial propose de conserver ce paragraphe comme un article distinct, portant sur l'atténuation de la responsabilité. Ce titre permettrait de dissiper les craintes qu'un gouvernement a manifestées sur le point de savoir si le comportement de la victime pouvait conduire à nier totalement la responsabilité de l'auteur du fait illicite. La seule situation dans laquelle cela est envisageable concerne le cas où le préjudice ne pourrait absolument pas être attribué au comportement de l'État responsable et serait entièrement dû à l'intervention du fait de la "victime" ou d'un tiers. Cette situation peut se produire mais elle est couverte par l'exigence générale de proximité de la cause et non par la présente disposition.

#### b) Atténuation du dommage

222. Le prétendu devoir de l'État lésé d'atténuer le dommage qu'il subit constitue un problème connexe, qui a déjà été brièvement abordé<sup>420</sup>. Comme la Cour internationale de Justice l'a souligné dans l'*Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros*, il ne s'agit pas d'une obligation autonome mais d'une limitation aux dommages-intérêts que l'État lésé pourrait autrement demander<sup>421</sup>. Bien qu'elle soit liée à la notion de "négligence contributive" ou à celle de "comparaison des fautes", l'idée est ici distincte analytiquement : ce n'est pas que la partie lésé a contribué au dommage, mais plutôt qu'elle n'a pas pris les mesures qui étaient raisonnablement à sa disposition pour le réduire. Étant donnée notamment la volonté de limiter la charge de la réparation dans une mesure raisonnable<sup>422</sup>, ce principe devrait également être reflété dans le projet d'article.

---

dommage de la part d'un État demandeur ou des personnes physiques ou morales que ce dernier État représente". Indépendamment même de la question de la charge de la preuve, il y a là un critère d'exonération plus étroit que celui du paragraphe 2 de l'article 42, quoique dans le contexte d'un régime de responsabilité absolue à raison d'activités particulièrement dangereuses.

<sup>413</sup> Pour le résumé des commentaires des gouvernements sur l'article 42, voir ce *Rapport*, par. 22.

<sup>414</sup> A/CN.4/488, p. 112.

<sup>415</sup> *Ibid.*, p. 111.

<sup>416</sup> *Ibid.* Voir aussi A/CN.4/496, par. 125, p. 21 et les commentaires du Japon, selon lequel l'article 42 paragraphe 2 devrait clairement poser que la contribution au dommage "ne libère pas automatiquement l'État auteur du fait internationalement illicite de son obligation d'accorder une réparation intégrale"] (A/CN.4/492, p. 15).

<sup>417</sup> A/CN.4/488, p. 106 (italiques dans l'original).

<sup>418</sup> *Ibidem* (note de bas de page 71).

<sup>419</sup> *Ibid.*, p. 112.

<sup>420</sup> *Supra*, par. 30.

<sup>421</sup> *Rec. C.I.J. 1997*, p. 55 (par. 80), cité au paragraphe 30 *supra*.

<sup>422</sup> Voir *supra*, par. 161.

7. **Conclusions concernant la deuxième partie, chapitre II**

223. Pour ces raisons, le chapitre II de la deuxième partie devrait être libellé comme suit.

**Chapitre II Les Formes de la Réparation**

*Article 43*

*Restitution*

Tout État qui a commis un fait internationalement illicite est obligé de fournir la restitution, c'est-à-dire de rétablir la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution :

- a) n'est pas matériellement impossible;...
- c) n'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage que ceux qui sont lésés par ce fait gagneraient en obtenant la restitution plutôt que l'indemnisation.

*Article 44*

*Indemnisation*

Tout État ayant commis un fait internationalement illicite est obligé d'indemniser tout dommage susceptible d'évaluation économique causé par ce fait, dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution.

*Article 45*

*Satisfaction*

1. L'État qui a commis un fait internationalement illicite est obligé d'offrir une satisfaction pour tout préjudice immatériel occasionné par ce fait.
2. En premier lieu, la satisfaction devrait prendre la forme d'une reconnaissance de la violation, accompagnée, le cas échéant, par l'expression de regrets ou des excuses formelles.
3. En outre, lorsque les circonstances l'exigent, la satisfaction peut prendre des formes supplémentaires qui sont à même d'assurer la réparation intégrale, telles que, *inter alia* :
  - [a] des dommages-intérêts symboliques;
  - b) des dommages-intérêts correspondant à la gravité du préjudice;
  - c) lorsque la violation résulte de fautes graves d'agents de l'État ou d'agissements criminels de toute personne, une action disciplinaire ou pénale à l'encontre des responsables.
4. La satisfaction doit être proportionnée au préjudice en question et ne devrait pas prendre une forme humiliante pour l'État responsable.

*Article 45 bis*

*Intérêts*

1. Des intérêts sur toute somme principale exigible selon le projet d'articles sont également dus dans la mesure qui est nécessaire pour assurer la réparation intégrale. Le taux d'intérêt et le mode de calcul sont ceux qui conviennent le mieux pour obtenir ce résultat.
2. A moins qu'il en soit autrement décidé ou accepté par accord, les intérêts courent du premier jour qui n'a pas été pris en considération dans la détermination du montant exigible à titre de principal, jusqu'au jour du règlement de la réclamation.

*Article 46 bis*

*Atténuation de la responsabilité*

Pour déterminer la forme et l'étendue de la réparation, il est tenu compte de :

- a) la négligence ou l'action ou omission délibérée de tout État, personne ou entité au nom duquel la demande est présentée et qui a contribué au dommage;
- b) la prise par la partie lésée des mesures qui étaient raisonnablement à sa disposition pour atténuer le dommage.

-----