



Assemblée générale

Distr.
LIMITÉE

A/CN.4/L.608/Add.4
18 juillet 2001

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

Commission du droit international
Cinquante-troisième session
Genève, 23 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2001

**PROJET DE RAPPORT DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
SUR LES TRAVAUX DE SA CINQUANTE-TROISIÈME SESSION**

Rapporteur: M. Qizhi He

CHAPITRE V

**LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT POUR FAIT
INTERNATIONALEMENT ILLICITE**

Additif

- E. Texte du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite
(*suite*)
2. Texte du projet d'articles et commentaires y relatifs (*suite*)

CHAPITRE II

RÉPARATION DU PRÉJUDICE

Le chapitre II, qui traite des formes de la réparation du préjudice, approfondit l'analyse du principe général énoncé à l'article 31, et vise en particulier à préciser les relations qui existent entre les différentes formes de réparation, à savoir la restitution, l'indemnisation et la satisfaction, le rôle des intérêts ainsi que la question de la prise en compte de toute contribution au préjudice ayant pu être le fait de la victime.

Article 34

Formes de la réparation

La réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement, conformément aux dispositions du présent chapitre.

Commentaire

- 1) L'article 34 introduit le chapitre II en indiquant les formes de réparation qui, séparément ou conjointement, permettent de s'acquitter de l'obligation de réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite. La notion de «préjudice» et le lien de causalité nécessaire entre le fait illicite et le préjudice étant définis à l'article 31¹, qui énonce l'obligation générale de réparation intégrale, il suffit de mentionner à l'article 34 la «réparation intégrale du préjudice causé».
- 2) Dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*, le préjudice était matériel, et la CPJI n'a examiné que deux formes de réparation, la restitution et l'indemnisation². Dans certains cas, la satisfaction peut constituer une forme supplémentaire de réparation. La réparation intégrale peut donc prendre la forme de restitution, indemnisation et satisfaction, selon les circonstances. Il ressort aussi clairement de l'article 34 qu'il ne peut y avoir réparation intégrale, dans des cas particuliers, qu'en associant différentes formes de réparation. Par exemple, le rétablissement de la situation qui prévalait avant la violation peut ne pas suffire à constituer une réparation intégrale si le fait illicite a causé un dommage matériel supplémentaire (par exemple,

¹ Voir le commentaire de l'article 31, par. 5 à 14.

² *Usine de Chorzów, Fond*, 1928, C.P.J.I. série A n° 17, p. 47.

un préjudice découlant de la perte d'usage du bien saisi de façon illicite). Pour «effacer» toutes les conséquences du fait illicite, il peut donc être nécessaire de faire jouer toutes les formes de réparation ou certaines d'entre elles, en fonction du type et de l'ampleur du préjudice qui a été causé.

3) L'obligation primaire violée peut aussi jouer un rôle important en ce qui concerne la forme et la portée de la réparation. En particulier, en cas de restitution ne donnant pas lieu à restitution de personnes, de biens ou de territoire de l'État lésé, la notion de retour au *statu quo ante* doit être appliquée en tenant compte des droits et compétences respectifs des États concernés. Tel peut être le cas, par exemple, lorsque c'est une obligation procédurale conditionnant l'exercice des pouvoirs substantiels d'un État qui est en jeu. Dans de tels cas, la restitution ne devrait pas permettre à l'État lésé d'obtenir plus que ce à quoi il aurait pu prétendre si l'obligation avait été exécutée³.

4) La réalisation de chacune des formes de réparation décrites à l'article 34 est subordonnée aux conditions stipulées dans les articles suivants du chapitre II. Cette limitation est rendue par l'expression «conformément aux dispositions du présent chapitre». La réalisation peut également être affectée par le choix que l'État lésé peut valablement effectuer entre différentes formes de réparation. Par exemple, dans la plupart des cas, l'État lésé est habilité à opter pour une indemnisation plutôt que pour une restitution. Cette possibilité de choix est indiquée à l'article 43.

5) L'on s'est parfois inquiété de ce que le principe de la réparation intégrale puisse donner lieu à des exigences disproportionnées, voire désastreuses, à l'égard de l'État responsable. La question est de savoir si le principe de proportionnalité devrait constituer un aspect de l'obligation de réparation intégrale. Dans les présents articles, la proportionnalité est examinée dans le cadre de chaque forme de réparation, en tenant compte de son caractère spécifique.

³ Ainsi, dans l'affaire *LaGrand*, la Cour a indiqué qu'une violation de l'obligation de notification prévue à l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires (24 avril 1963, *U.N.T.S.*, vol. 596, p. 261), entraînant une peine grave ou une détention prolongée, devait donner lieu au réexamen du bien-fondé de la condamnation «en tenant compte de la violation des droits prévus par la Convention»: *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, *Fond*, arrêt du 27 juin 2001, par. 125. Il s'agirait d'une forme de restitution qui a tenu compte du caractère limité des droits en cause.

Ainsi, la restitution est exclue si elle impose une charge hors de toute proportion avec l'avantage qu'en tirerait l'État lésé ou une autre partie⁴. L'indemnité est limitée au préjudice effectivement subi à raison du fait internationalement illicite, et exclut tout préjudice indirect, consécutif ou éloigné⁵. La satisfaction «ne doit pas être hors de proportion avec le préjudice»⁶. Ainsi, chaque forme de réparation tient compte de ces considérations.

6) Les formes de réparation étudiées au chapitre II constituent des moyens de donner effet à l'obligation sous-jacente de réparation énoncée à l'article 30, alinéa *b*. Il n'y a pas, pour ainsi dire, d'obligations secondaires distinctes de restitution, d'indemnisation et de satisfaction. On observe, dans la pratique, une certaine souplesse quant à l'opportunité d'exiger telle forme de réparation plutôt que telle autre, sous réserve de l'obligation de réparation intégrale du préjudice causé conformément à l'article 30, alinéa *b*⁷. Lorsqu'il est possible de ne pas recourir à une forme de réparation, ou que celle-ci n'est pas envisageable compte tenu des circonstances, d'autres formes de réparation, en particulier l'indemnisation, seront corrélativement plus importantes.

Article 35

Restitution

L'État responsable d'un fait internationalement illicite est tenu de procéder à la restitution, c'est-à-dire au rétablissement de 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;
- b) N'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation.

⁴ Voir l'article 35, al. *b*, et le commentaire.

⁵ Voir l'article 30, al. *b*, et le commentaire.

⁶ Voir l'article 37, par. 3, et le commentaire.

⁷ Voir, par exemple, le différend *Dame Mélanie Lachenal*, *Recueil*, vol. XIII, (1954) p. 130 et 131, où l'indemnisation a été acceptée en lieu et place de la restitution initialement convenue, la Commission de conciliation franco-italienne ayant reconnu que la restitution entraînerait des difficultés de procédure interne. Voir également le commentaire de l'article 35, par. 4.

Commentaire

1) Conformément à l'article 34, la restitution est la première forme de réparation à laquelle peut prétendre un État lésé par un fait internationalement illicite. La restitution suppose le rétablissement, dans la mesure du possible, de la situation qui existait avant la commission du fait internationalement illicite, pour autant que tout changement apporté à cette situation puisse être attribué à ce fait. Sous sa forme la plus simple, elle se traduit, par exemple, par la libération de personnes illicitement détenues, ou la restitution de biens saisis de manière illicite.

Dans d'autres cas, la restitution peut être un fait plus complexe.

2) La notion de restitution n'a pas de définition uniforme. Selon une définition, elle consisterait à rétablir le *statu quo ante*, c'est-à-dire la situation qui existait avant la survenance de l'acte illicite. Selon une autre définition, la restitution est un moyen d'établir ou de rétablir la situation qui aurait existé si l'acte illicite n'avait pas été commis. La première définition est la plus restrictive; elle écarte l'indemnisation éventuellement due à la partie lésée en réparation de la perte subie, par exemple la perte de l'usage de biens saisis de façon illicite, mais ultérieurement restitués. La seconde définition englobe dans la notion de restitution d'autres éléments de réparation intégrale et tend à associer la restitution, comme forme de réparation, et l'obligation de réparation sous-jacente elle-même. L'article 35 retient la définition la plus restrictive, qui a l'avantage de privilégier l'évaluation d'une situation de fait et d'éviter un examen éventuel de la situation qui aurait existé si le fait illicite n'avait pas été commis.

3) Cela étant, la restitution est le mode de réparation le plus conforme au principe général selon lequel l'État responsable est tenu d'«effacer» les conséquences juridiques et matérielles de son fait illicite en rétablissant la situation qui aurait existé si ce fait n'avait pas été commis; à ce titre, elle prime tout autre mode de réparation. La primauté de la restitution a été confirmée par la CPJI dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, au sujet de laquelle elle avait décidé que l'État responsable avait l'obligation «de restituer [l'usine] et, si cela n'[était] pas possible, d'en payer la valeur à l'époque de l'indemnisation destinée à remplacer la restitution devenue impossible»⁸. La Cour a ajouté que «l'impossibilité constatée par l'accord des parties de restituer l'usine de Chorzów ne saurait donc avoir d'autre effet que celui de remplacer la restitution par le paiement

⁸ *Usine de Chorzów, Fond, 1928, C.P.J.I. série A n° 17, p. 48.*

de la valeur de l'entreprise»⁹. Ce principe a été appliqué dans les affaires où les tribunaux n'ont envisagé l'indemnisation qu'après avoir conclu que, pour une raison ou pour une autre, la restitution n'était pas possible¹⁰. Malgré les difficultés que la restitution peut soulever en pratique, les États ont souvent fait valoir qu'ils préféreraient ce mode de réparation à l'indemnisation. Dans certaines affaires, en effet, en particulier celles mettant en jeu l'application de normes impératives, la restitution peut être exigée en ce qu'elle constitue un aspect du respect de l'obligation primaire.

4) Par ailleurs, dans un grand nombre de situations la restitution n'est pas envisageable, ou bien sa valeur pour l'État lésé est si réduite que d'autres formes de réparation priment. Les questions que soulève le choix entre différentes formes de réparation sont examinées dans la troisième partie¹¹. Toutefois, en laissant de côté la question de la validité du choix effectué par l'État lésé ou par une autre entité, la possibilité de restitution peut être exclue en pratique, par exemple parce que le bien en question a été détruit ou fondamentalement modifié dans son essence, ou bien parce qu'il est impossible de revenir au *statu quo ante* pour une raison ou pour une autre. En effet, dans certaines affaires, les tribunaux ont jugé approprié, au vu des termes du compromis ou des positions des parties, de prononcer une indemnisation plutôt qu'une restitution. Par exemple, dans l'affaire *Walter Fletcher Smith*, l'arbitre, tout en faisant valoir que la restitution était appropriée en principe, a estimé que le compromis l'autorisait à se prononcer pour une indemnisation, «dans l'intérêt des parties et du public»¹². Dans l'affaire *Aminoil*,

⁹ Ibid.

¹⁰ Voir, par exemple, les affaires suivantes: *Biens britanniques au Maroc espagnol*, *Recueil*, vol. II (1925), p. 621 à 625 et 651 à 742; *Propriétés religieuses expropriées par le Portugal*, *Recueil*, vol. I, p. 7 (1920); *Walter Fletcher Smith*, *Recueil*, vol. II (1927), p. 918; *Héritiers Lebas de Courmont*, *Recueil*, vol. XIII (1957), p. 764.

¹¹ Voir les articles 43 et 45, et les commentaires.

¹² *Recueil*, vol. II (1929), p. 918. Dans l'affaire de la *Compagnie grecque des téléphones*, le tribunal arbitral, tout en ordonnant la restitution, a déclaré que l'État responsable pouvait à la place verser une indemnisation «pour d'importantes raisons d'intérêt public». Voir J.G. Welter et S.M. Schwebel, «Some little known cases on concessions», *B.Y.I.L.*, vol. 40 (1964), p. 221.

les parties sont convenues que le rétablissement du *statu quo ante*, par suite de l'annulation du contrat de concession par un décret du Gouvernement koweïtien, serait impossible¹³.

5) La restitution peut prendre la forme d'une restitution matérielle, ou d'une restitution de territoire, de personnes ou de biens, ou bien encore d'une annulation d'un acte juridique, voire d'une combinaison de ces différentes hypothèses. Comme exemples de restitution matérielle, on peut citer la remise en liberté d'individus incarcérés, la remise à un État d'un individu qui a été arrêté sur son territoire¹⁴, la restitution de navires¹⁵ ou d'autres types de biens¹⁶, y compris des documents, des œuvres d'art, des titres d'actions, etc.¹⁷. Le terme «restitution juridique» est parfois employé dans le cas où l'exécution de la restitution requiert ou suppose la modification d'une situation juridique, soit dans le cadre du système juridique de l'État responsable, soit dans le cadre de ses relations juridiques avec l'État lésé. Les hypothèses de restitution juridique sont l'abrogation, l'annulation ou la modification d'une disposition constitutionnelle ou législative

¹³ *Gouvernement du Koweït c. American Independent Oil Company*, (1982) *I.L.R.*, vol. 66, p. 533.

¹⁴ Pour des exemples de restitution matérielle portant sur des personnes, voir notamment les affaires du «*Trent*» (1861) et du «*Florida*» (1864), concernant toutes deux l'arrestation d'individus à bord de navires, dans Moore, *Digest*, vol. VII, p. 768, 1090 et 1091, et l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, dans laquelle la C.I.J. a exigé du Gouvernement iranien la libération immédiate de tous les ressortissants américains détenus: *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, C.I.J., *Recueil 1980*, p. 44-45.

¹⁵ Voir par exemple l'affaire du «*Giaffarieh*» (1886) qui avait son origine dans la capture en mer Rouge par ce navire de guerre égyptien de quatre navires marchands du port de Massawa, battant pavillon italien, dans *La prassi italiana di diritto internazionale*, première série (Dobbs Ferry, Oceana, 1970), vol. II, p. 901-902.

¹⁶ Voir, par exemple, l'affaire du *Temple de Preah Vihear*, *Fond*, C.I.J. *Recueil 1962*, p. 36-37, où la C.I.J. s'est prononcée en faveur du Cambodge qui demandait notamment la restitution de certains objets que les autorités thaïlandaises avaient enlevés du temple et de la zone avoisinante. Voir également l'affaire de l'*Hôtel Métropole*, *Recueil*, vol. XIII, p. 219 (1950), le différend *Ottoz*, *Recueil*, vol. XIII, p. 240 (1950), et le différend *Dame Hénon*, *Recueil*, vol. XIII, p. 249 (1951).

¹⁷ Dans l'affaire des *Chemins de fer de Buzau-Nehoiasi*, la sentence rendue par le tribunal arbitral prévoyait la restitution à une société allemande d'actions d'une société roumaine de chemins de fer; *Recueil*, vol. III, p. 1839 (1939).

promulguée en violation d'une règle du droit international¹⁸, l'annulation ou le réexamen d'un acte administratif ou d'une décision judiciaire pris illégalement à l'encontre de la personne ou des biens d'un étranger¹⁹, ou l'exigence que des mesures soient prises (dans la mesure permise par le droit international) pour annuler un traité²⁰. Certaines affaires peuvent donner lieu à la fois à une restitution matérielle et juridique²¹. Dans d'autres, une cour ou un tribunal international peut prononcer, en déterminant la position juridique ayant force obligatoire pour les parties, ce qui équivaut à une restitution sous une autre forme²². Le terme «restitution» est ainsi utilisé à l'article 35 dans un sens large, qui recouvre toutes les mesures que doit prendre l'État responsable pour rétablir la situation qui existait avant son fait internationalement illicite.

6) En tant que première forme de réparation, la restitution revêt une importance particulière lorsque l'obligation violée a un caractère continu, et plus encore lorsqu'elle découle d'une norme

¹⁸ Pour les affaires où l'existence de la loi elle-même correspond à une violation d'une obligation internationale, voir le commentaire de l'article 12, par. 15

¹⁹ Voir par exemple l'affaire *Martini*, *Recueil*, vol. II, p. 973 (1930).

²⁰ Dans l'affaire du *Traité Bryan-Chamorro (Costa Rica c. Nicaragua)*, la Cour centraméricaine de justice a décidé que «le Gouvernement nicaraguayen est dans l'obligation, en employant pour cela tous les moyens possibles prévus par le droit international, de rétablir et de maintenir la situation juridique qui existait avant le Traité Bryan-Chamorro entre les États plaideurs en ce qui concerne les questions considérées dans la présente action ...», *A.J.I.L.*, vol. 11 (1917), p. 683 et 696.

²¹ La C.P.J.I. a ainsi décidé que le Gouvernement tchécoslovaque devait «restituer à l'Université royale hongroise Peter Pázmány de Budapest les biens immobiliers qu'elle [réclamait], libérés de toutes mesures de disposition, d'administration forcée ou de séquestre, et dans l'état où ils se trouvaient avant l'application de ces mesures»: *Appel contre une sentence du Tribunal arbitral mixte hungaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány) 1933*, *C.P.J.I. série A/B n° 61*, p. 249.

²² Dans l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental*, la C.P.J.I. a décidé «que la déclaration d'occupation promulguée par le Gouvernement norvégien en date du 10 juillet 1931, ainsi que toutes mesures prises à cet égard par ce même Gouvernement, constituent une infraction à l'état juridique existant, et, par conséquent, sont illégales et non valables»: *1933, C.P.J.I. série A/B n° 53*, p. 75. Dans l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex*, la C.P.J.I. a décidé que le Gouvernement français devait «reculer sa ligne de douane conformément aux stipulations desdits traités et actes, (...) ce régime devant rester en vigueur tant qu'il n'[aurait] pas été modifié par l'accord des parties»: *1932, C.P.J.I. série A/B n° 46*, p. 172. Voir également F.A. Mann, «The consequences of an international wrong in international and municipal law», *B.Y.I.L.*, vol. 48 (1976-77), p. 5 à 8.

impérative du droit international général. Ainsi, en cas d'annexion illégale d'un État, on peut estimer que le retrait des forces de l'État occupant et l'abrogation de tout décret d'annexion constituent une cessation plutôt qu'une restitution²³. Cela étant, des mesures accessoires (retour des personnes ou restitution des biens saisis au cours de l'invasion) seront nécessaires tant dans le cadre de la cessation que de la restitution.

7) Ce qui peut être exigé au titre de la restitution dépendra souvent du contenu de l'obligation primaire qui a été violée. Dans les cas ne donnant pas lieu à retour de personnes, ou à restitution de biens ou de territoire de l'État lésé, le principe du retour au *statu quo ante* doit être appliqué en tenant compte des droits et compétences respectifs des États concernés.

8) L'obligation de restitution n'est pas illimitée. En particulier, conformément à l'article 35, la restitution s'impose «dès lors et pour autant» qu'elle n'est ni matériellement impossible ni totalement disproportionnée. L'expression «dès lors et pour autant que» traduit clairement l'idée que la restitution ne peut être que partiellement exclue, auquel cas l'État responsable sera tenu de procéder à la restitution pour autant que celle-ci ne soit ni impossible ni disproportionnée.

9) En vertu de l'article 35 *a*, la restitution n'est pas exigée si elle est «matériellement impossible». Tel est le cas lorsque les biens devant être restitués ont été définitivement perdus ou détruits, ou se sont détériorés au point d'avoir perdu toute valeur. Par ailleurs, la restitution n'est pas impossible uniquement du fait de difficultés juridiques ou pratiques, même si l'État responsable peut avoir à faire des efforts particuliers pour les surmonter. Conformément à l'article 32, l'État responsable ne peut pas se prévaloir des dispositions de son droit interne pour justifier un manquement à l'obligation de réparation intégrale, et de simples obstacles d'ordre politique ou administratif ne sauraient constituer une impossibilité de procéder à la restitution.

10) L'impossibilité matérielle ne se limite pas aux cas où l'objet en question a été détruit, elle peut couvrir des situations plus complexes. Dans l'affaire des *Forêts du Rhodope central*, le demandeur ne pouvait prétendre qu'à une partie des opérations forestières et aucune réclamation n'avait été déposée par les autres participants. Les forêts n'étaient plus dans la même condition qu'au moment de leur saisie illégale, et des enquêtes minutieuses auraient été nécessaires pour

²³ Voir ci-dessus, le commentaire de l'article 30, par. 8.

déterminer leur condition. Depuis la saisie, des tiers avaient acquis des droits sur les forêts. Pour toutes ces raisons, la restitution a été rejetée²⁴. Cette affaire privilégie une acception large de «l'impossibilité» de fournir la restitution, mais elle concerne des questions de droits de propriété relevant du système juridique de l'État responsable²⁵. La situation peut être différente lorsque les droits et obligations en question se situent directement sur le plan international. Dans ce contexte, la restitution joue un rôle particulièrement important.

11) Dans certains cas, il peut être nécessaire de tenir compte de la position de tiers pour déterminer si la restitution est matériellement possible. Ce fut le cas dans l'affaire des *Forêts du Rhodope central*²⁶. Toutefois, la question de savoir si la position d'un tiers empêche la restitution dépend des circonstances de l'espèce, notamment du point de savoir si le tiers, lorsqu'il s'est engagé dans la transaction ou qu'il a assumé les droits en litige, agissait de bonne foi et sans avoir connaissance de la demande de restitution.

12) Une seconde exception, examinée à l'article 35, alinéa *b*, concerne le cas où l'avantage découlant de la restitution est hors de toute proportion avec son coût pour l'État responsable. Plus précisément, la restitution peut ne pas être exigée si elle «impose une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation». Cette disposition ne s'applique que lorsqu'il existe une disproportion importante entre la charge qu'imposerait la restitution à l'État responsable, et l'avantage qu'en tirerait l'État lésé ou toute victime de la violation. Elle est donc fondée sur des critères d'équité et d'acceptabilité²⁷ avec toutefois une préférence pour la position de l'État lésé chaque fois que le processus de mise

²⁴ *R.S.A.*, vol. III, (1933), p. 1432.

²⁵ Pour les questions de restitution dans le cadre d'un arbitrage concernant un contrat d'État, voir *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company c. Government of the Libyan Arab Republic*, (1977), *I.L.R.*, vol. 53, p. 507-8, par. 109; *BP Exploration Company (Libya) Ltd. c. Government of the Libyan Arab Republic* (1974) *I.L.R.*, vol. 53, p. 354; *Libyan American Oil Company (LIAMCO) c. Government of the Libyan Arab Republic* (1977), *I.L.R.*, vol. 62, p. 200.

²⁶ *R.S.A.*, vol. III, (1933), notamment p. 1432.

²⁷ Voir, par exemple, J.H.W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective* (Leyden, Sijthoff, 1973), sixième partie, p. 744, ainsi que la position adoptée par la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht, dans *Annuaire ... 1969*, vol. II, p. 155.

en balance ne penche pas clairement en faveur de l'indemnisation plutôt que de la restitution. La mise en balance favorise invariablement l'État lésé chaque fois que la non-restitution risque de mettre en danger son indépendance politique ou sa stabilité économique.

Article 36

Indemnisation

1. L'État responsable d'un fait internationalement illicite est tenu d'indemniser le dommage causé par ce fait dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution.
2. L'indemnité couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi.

Commentaire

1) L'article 36 traite de l'indemnisation d'un dommage causé par un fait internationalement illicite, dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution. La notion de «dommage» est définie au paragraphe 2 de l'article 31 comme comprenant tout dommage, tant matériel que moral²⁸. Le paragraphe 2 de l'article 36 développe cette définition en précisant que l'indemnité couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi dans le cas d'espèce. L'expression «susceptible d'évaluation financière» a pour objet d'exclure ce que l'on nomme parfois le «préjudice moral» causé à un État, c'est-à-dire l'affront ou le préjudice causé par une violation de droits non accompagnée d'un dommage réel aux biens ou aux personnes: c'est là l'objet de la satisfaction, dont traite l'article 37.

2) Des diverses formes de réparation, la plus couramment réclamée dans la pratique internationale est sans doute l'indemnisation. Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour a déclaré: «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»²⁹. Il est également bien établi qu'une juridiction

²⁸ Voir le commentaire de l'article 31, par. 5), 6), 10).

²⁹ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997, p. 81, par 152. Voir aussi l'affirmation de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de l'*Usine de*

internationale compétente pour connaître d'une demande en responsabilité de l'État est habilitée, dans le cadre de cette compétence, à accorder une indemnité pour le préjudice subi³⁰.

3) L'indemnisation n'a pas la même fonction que la satisfaction ni que la restitution. Sa relation avec cette dernière forme de réparation est précisée par le membre de phrase finale du paragraphe 1 de l'article 36 («dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution»). La restitution, malgré sa primauté sur le plan des principes juridiques, est souvent indisponible ou inadaptée. Elle peut être partiellement ou entièrement exclue, soit sur la base des exceptions énoncées à l'article 35, soit parce que l'État lésé préfère obtenir réparation sous la forme d'une indemnisation, soit encore pour d'autres raisons. Même lorsque la restitution est possible, elle peut être insuffisante pour assurer la réparation intégrale. L'indemnisation a pour rôle de combler les lacunes éventuelles, de manière à assurer une réparation complète des préjudices subis³¹. Comme l'a dit le surarbitre dans l'affaire du «*Lusitania*»:

«La conception fondamentale des dommages-intérêts est ... la réparation d'une *perte* subie, une *compensation* octroyée par voie judiciaire pour un préjudice. La réparation doit être proportionnelle au préjudice, de façon que la partie lésée retrouve la totalité de ce qu'elle a perdu»³².

Le rôle de l'indemnisation a, de même, été explicité par la Cour permanente de justice internationale en ces termes:

«Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place: tels sont les principes desquels doit s'inspirer la

Chorzów, selon laquelle c'est «un principe de droit international que la réparation d'un tort peut consister en une indemnité»: *Usine de Chorzów, Fond, 1928, C.P.J.I. série A n° 17, p. 27.*

³⁰ *Usine de Chorzów, compétence, 1927, C.P.J.I., série, n° 9; Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), Fond, C.I.J. Recueil 1974, p. 203 à 205 (par. 71 à 76); Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), Fond, C.I.J. Recueil 1986, p.142.*

³¹ *Usine de Chorzów, Fond, 1928, C.P.J.I. série A n° 17, p. 47 et 48.*

³² *Recueil des sentences arbitrales, vol. VII (1923), p. 39 (non souligné dans le texte).*

détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international»³³.

Le droit à être indemnisé de telles pertes est étayé par une abondante jurisprudence, par la pratique des États et par la doctrine.

4) Par comparaison avec la satisfaction, l'indemnisation a pour fonction de remédier aux pertes effectives subies en conséquence du fait internationalement illicite. Ainsi, l'indemnisation consiste généralement dans le versement d'une somme d'argent (encore qu'elle puisse parfois se faire sous la forme d'autres valeurs convenues). Il est vrai que des paiements monétaires peuvent aussi être indiqués à titre de satisfaction en application de l'article 37 mais ils remplissent une fonction distincte de celle de l'indemnisation: l'indemnisation pécuniaire est censée compenser, dans la mesure où cela se peut, le dommage subi par l'État lésé du fait de la violation; la satisfaction se rapporte à un préjudice non matériel, auquel une valeur monétaire ne peut être attribuée que de façon extrêmement approximative et théorique³⁴.

5) Comme dans le cas d'autres dispositions de la deuxième partie, l'article 36 est exprimé dans les termes d'une obligation qu'a l'État responsable de réparer les conséquences découlant de la commission d'un fait internationalement illicite³⁵. L'étendue de cette obligation est délimitée par les mots «tout dommage susceptible d'évaluation financière», c'est-à-dire tout dommage pouvant être évalué en termes financiers. Les dommages susceptibles d'évaluation financière peuvent être aussi bien des dommages subis par l'État lui-même (dommages à ses biens ou à son personnel ou frais raisonnablement encourus par l'État pour remédier à des dommages découlant d'un fait internationalement illicite ou les atténuer) que des dommages

³³ *Usine de Chorzów, Fond, 1928, C.P.J.I., série A n° 17*, p. 47, cité et appliqué, entre autres, par le Tribunal international du droit de la mer dans l'affaire du *Navire «Saiga» (n° 2) (Saint-Vincent- et- les Grenadines c. la Guinée)*, arrêt du 1^{er} juillet 1999, par. 170. Voir aussi *Papamichalopoulos c. Grèce (art. 50), C.E.D.H., série A, n° 330-B (1995)*, par. 36 (Cour européenne des droits de l'homme); *Velásquez Rodríguez, C.I.D.H., série C n° 4 (1989)*, p. 30 et 31 (Cour interaméricaine des droits de l'homme); *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton c. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran and Others, (1984) 6 Iran-U.S.C.T.R. 219*, p. 225.

³⁴ Voir le commentaire de l'article 35, par. 3).

³⁵ Pour l'exigence d'un lien de causalité entre le fait internationalement illicite et le dommage, voir le commentaire de l'article 31, par. 11) à 13).

subis par des ressortissants de cet État, qu'il s'agisse de personnes physiques ou de sociétés, au nom desquels il présente une réclamation dans le cadre de la protection diplomatique.

6) Outre la Cour internationale de Justice, on peut citer parmi les tribunaux internationaux qui s'occupent d'indemnisations le Tribunal international du droit de la mer³⁶, le Tribunal des réclamations irano-américain³⁷, des juridictions ou autres organes chargés de l'examen des violations des droits de l'homme³⁸ et les tribunaux CIRDI de la Convention de Washington de 1965³⁹. D'autres demandes d'indemnisation ont été réglées par voie d'accord, généralement sans reconnaissance de responsabilité, l'une des conditions de l'accord étant le versement d'une indemnité substantielle⁴⁰. Les règles et principes élaborés par ces organes pour évaluer

³⁶ Par exemple, affaire du *Navire «Saiga» (n° 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. la Guinée)*, Tribunal international du droit de la mer, arrêt du 1^{er} juillet 1999, par. 170 à 177.

³⁷ Le Tribunal des réclamations irano-américain a produit une jurisprudence considérable sur les questions de détermination du dommage et d'évaluation des biens expropriés. Pour des études de la jurisprudence du Tribunal en ces matières, voir notamment G.H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996), chap. 5, 6, 12; C.N. Brower & J.D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* (La Haye, Nijhoff, 1998), chap. 14 à 18; M. Pellonpää, «Compensable Claims Before the Tribunal: Expropriation Claims», in R.B. Lillich & D. B. McGraw (dir. publ.), *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility* (Irvington-on-Hudson, Transnational Publishers, 1998), p. 185 à 266; D.P. Stewart, «Compensation and Valuation Issues», *ibid.*, p. 325 à 385.

³⁸ Pour un compte rendu de la pratique de ces organes en matière d'indemnisation, voir D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (Oxford, Oxford University Press, 1999), p. 214 à 279.

³⁹ Les tribunaux CIRDI ont compétence pour allouer des dommages-intérêts ou d'autres réparations dans les différends relatifs à des investissements qui surgissent entre des États parties et des ressortissants d'autres États. Certaines de ces réclamations comportent un recours direct au droit international en tant que fondement de la réclamation. Voir, par exemple, *Asian Agricultural Products Ltd. c. Republic of Sri Lanka* (1990), *ICSID Reports*, vol. 4, p. 245.

⁴⁰ Voir, par exemple: l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*, *C.I.J. Recueil 1992*, p. 240, et l'ordonnance de radiation du rôle rendue par la Cour à la suite du règlement, *C.I.J. Recueil 1993*, p. 322; l'affaire du *Passage par le Grand Belt (Finlande c. Danemark)* *C.I.J. Recueil 1992*, p. 348 (ordonnance de radiation du rôle consécutive au règlement); l'affaire de *L'incident aérien du 3 juillet 1988 (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 9 (ordonnance de radiation du rôle consécutive au règlement).

l'indemnisation peuvent être considérés comme des manifestations du principe général énoncé à l'article 36.

7) Quant aux types de dommages pouvant donner lieu à indemnisation et aux principes d'évaluation à appliquer pour les chiffrer, ils varient selon le contenu des obligations primaires en cause, l'appréciation des comportements respectifs des parties et, plus généralement, le souci de parvenir à une solution équitable et acceptable⁴¹. Les exemples suivants sont destinés à illustrer les types de dommages indemnissables et les méthodes de calcul susceptibles d'être employées.

8) Un dommage peut être causé à l'État en tant que tel, lorsque ses avions sont abattus ou ses navires coulés, que ses locaux et son personnel diplomatiques sont attaqués, que d'autres biens publics sont endommagés, qu'il doit exposer des frais pour remédier à des dommages causés par la pollution, ou qu'il subit un dommage accessoire, lié par exemple à la nécessité de verser une pension à des fonctionnaires blessés par suite d'un fait illicite et/ou de payer leurs frais médicaux. Une telle liste ne saurait être exhaustive, les catégories de dommages indemnissables que peuvent subir les États n'étant pas déterminées d'avance.

9) Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, le Royaume-Uni a réclamé des indemnités de trois chefs: pour le remplacement du contre-torpilleur «*Saumarez*», dont la perte avait été totale, pour les dommages causés au contre-torpilleur «*Volage*», et pour les décès survenus parmi le personnel naval et les blessures infligées à ce personnel. La Cour a eu recours à une expertise pour fixer le montant des indemnités. Dans le cas du contre-torpilleur «*Saumarez*», la Cour a considéré que «la juste mesure de la réparation» était «la valeur de remplacement du [contre-torpilleur] au moment de sa perte» et déclaré que le montant de l'indemnité réclamée par le Gouvernement du Royaume-Uni (£ 700 087) était justifié. En ce qui concerne les dommages causés au contre-torpilleur «*Volage*», les experts les avaient estimés à un chiffre légèrement inférieur aux £ 93 812 réclamées par le Royaume-Uni, ce qui «s'expliqu[ait] ...

⁴¹ Voir G. H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996), p. 242. Voir aussi B. Graefrath, «Responsibility and damages caused: relationship between responsibility and damages», *Recueil des cours*, vol. 185 (1994-II), p. 101; L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international* (Paris, Sirey, 1938); C. D. Gray, *Judicial Remedies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1987), p. 33 et 34.

par le caractère nécessairement approximatif des évaluations, notamment pour ce qui est de la valeur du matériel d'équipement et des installations». Outre les montants accordés pour les dommages aux deux contre-torpilleurs, la Cour a fait droit à la demande du Royaume-Uni qui réclamait £ 50 048 au titre des dépenses résultant «des pensions et indemnités allouées par lui aux victimes ou à leurs ayants droit, ainsi que des frais d'administration, de traitements médicaux, etc.»⁴².

10) Dans l'affaire du *Navire «Saiga»*, Saint-Vincent-et-les Grenadines avait demandé à être indemnisée pour la saisie et l'immobilisation illicites d'un navire immatriculé dans ce pays, le «*Saiga*», et de son équipage. Le Tribunal international du droit de la mer a accordé des indemnités d'un montant de 2 123 357 dollars des États-Unis, majoré d'intérêts. Les chefs d'indemnisation comprenaient notamment les dommages subis par le navire, y compris les coûts de réparation, les pertes au titre de la charte-partie du navire, les frais relatifs à l'immobilisation du navire et la détention du capitaine, des membres de l'équipage et des autres personnes qui se trouvaient à bord du navire. Saint-Vincent-et-les Grenadines avait demandé à être indemnisée pour la violation de ses droits à l'égard de navires battant son pavillon qui résultait de l'arraisonnement et de l'immobilisation du «*Saiga*», mais le Tribunal a estimé que sa constatation que la Guinée avait agi de manière illicite en procédant à l'arraisonnement du navire dans les circonstances de l'espèce et en faisant usage d'une force excessive constituait une réparation adéquate⁴³. Saint-Vincent-et-les Grenadines a également été déboutée de ses réclamations relatives à la perte de recettes d'immatriculation qui aurait résulté de l'arraisonnement illicite du navire et aux dépenses résultant du temps consacré par des fonctionnaires au problème de l'arraisonnement et de l'immobilisation du navire et de son équipage. Dans le premier cas, le Tribunal a relevé que Saint-Vincent-et-les Grenadines n'avait produit aucun élément de preuve étayant sa réclamation. Dans le second cas, il a estimé qu'il

⁴² Affaire du *Détroit de Corfou* (fixation du montant des réparations), C.I.J. Recueil 1949, p. 249.

⁴³ Affaire du *Navire «Saiga»* (n° 2) (*Saint-Vincent-et-les Grenadines c. la Guinée*), Tribunal international du droit de la mer, arrêt du 1^{er} juillet 1999, par. 176.

ne s'agissait pas de dépenses récupérables car elles avaient été faites dans le cadre des fonctions normales de l'État du pavillon⁴⁴.

11) Dans un certain nombre de cas d'attaques illicites contre un navire où le navire avait été endommagé ou coulé et, parfois, des membres de l'équipage tués ou blessés, les indemnités à verser ont été négociées directement entre l'État lésé et l'État auteur du préjudice⁴⁵. Des paiements analogues ont été négociés dans le cas de dommages causés aux avions d'un État, par exemple «l'arrangement amiable complet et définitif» convenu entre l'Iran et les États-Unis à la suite d'un différend portant sur la destruction d'un avion iranien et la mort de ses 290 passagers et membres d'équipage⁴⁶.

12) Les États négocient souvent aussi des accords d'indemnisation à la suite d'attaques contre des locaux diplomatiques, que ce soit pour les dommages causés à l'ambassade elle-même⁴⁷ ou pour les dommages causés à son personnel⁴⁸. Des dommages causés à d'autres biens publics,

⁴⁴ Ibid. par. 177.

⁴⁵ Voir le versement fait par Cuba aux Bahamas après qu'un avion cubain eut coulé en haute mer un navire bahamien, causant des pertes de vies humaines parmi l'équipage (*R.G.D.I.P.*, vol. 85 (1981), p. 540), le versement par Israël d'une indemnité pour une attaque lancée en 1967 contre le «*USS Liberty*», qui avait fait des morts et des blessés parmi l'équipage (*R.G.D.I.P.*, vol. 85 (1981), p. 562) et le versement par l'Iraq d'une somme de 27 millions de dollars des États-Unis en règlement total et définitif de toutes les réclamations concernant les 37 morts causées en mai 1987 par un avion iraquien qui avait gravement endommagé l'«*USS Stark*» (*A.J.I.L.*, vol. 83 (1989), p. 561).

⁴⁶ *Incident aérien du 3 juillet 1988 (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 9 (ordonnance de radiation du rôle consécutive au règlement). Pour l'arrangement amiable lui-même, voir l'Accord général du 9 février 1996 entre l'Iran et les États-Unis sur le règlement de certaines affaires en instance devant la C.I.J. et le Tribunal des réclamations, déclaré sentence sur convention amiable par ordonnance du Tribunal des réclamations irano-américain en date du 22 février 1996: (1996) 32 *Iran-U.S.C.T.R.* 207, p. 213.

⁴⁷ Voir par exemple l'Accord du 1^{er} décembre 1966 entre le Royaume-Uni et l'Indonésie stipulant le versement par cette dernière d'une indemnité pour (entre autres) les dommages causés à l'ambassade britannique lors d'une émeute [(*United Kingdom Treaty Series*, n° 34 (1967))] et le versement aux États-Unis par le Pakistan d'une indemnité pour la mise à sac de l'ambassade des États-Unis à Islamabad en 1979: *R.G.D.I.P.*, vol. 85 (1981), p. 880.

⁴⁸ Voir par exemple réclamation du consul *Henry R. Myers (United States v. San Salvador)*, [1890], *U.S. For. Rels.*, p. 64 et 65; [1892] *U.S. For. Rels.* p. 24 à 43, 44, 49 à 51; [1893], *U.S. For. Rels.*, p. 174 à 179, 181 et 182, 184; *Whiteman, Damages*, vol. I, p. 80 et 81.

tels que des routes ou des infrastructures, ont également fait l'objet de demandes d'indemnisation⁴⁹. Dans de nombreux cas, ces versements ont été faits à titre gracieux ou sans reconnaissance de responsabilité⁵⁰.

13) Un autre cas dans lequel des États peuvent demander à être indemnisés de préjudices subis par l'État en tant que tel est celui où ils ont dû exposer des frais pour remédier à des dommages causés par une pollution. Après que le satellite soviétique Cosmos-954 se fut écrasé en territoire canadien en janvier 1978, le Canada a présenté une réclamation au titre des dépenses qu'il avait faites pour localiser, récupérer, enlever et tester les débris radioactifs et pour nettoyer les zones affectées. Le Canada invoquait, conjointement et séparément, a) les accords internationaux pertinents et b) les principes généraux du droit international⁵¹. Le Canada affirmait qu'il avait appliqué les critères pertinents établis par les principes généraux du droit international, qui prescrivaient une indemnisation équitable, ne tenant compte dans sa demande que des dépenses raisonnables ayant un lien étroit avec l'intrusion du satellite et le dépôt de débris et susceptibles d'être calculées avec un degré de certitude raisonnable⁵². La réclamation a fini par être réglée à l'amiable en avril 1981, les parties se mettant d'accord sur un versement à titre gracieux de 3 millions de dollars canadiens (soit environ 50 % du montant qui avait été demandé)⁵³.

14) La Commission d'indemnisation des Nations Unies a eu à examiner des demandes d'indemnisation pour frais entraînés par des pollutions dans le cadre de l'évaluation de la responsabilité de l'Iraq, en vertu du droit international, «de toute perte, de tout dommage - y compris les atteintes à l'environnement et la destruction des ressources naturelles ... du fait

⁴⁹ Pour des exemples, voir Whiteman, *Damages*, vol. I, p. 81.

⁵⁰ Voir par exemple l'Accord entre les États-Unis et la Chine prévoyant le versement à titre gracieux d'une somme de 4,5 millions de dollars des États-Unis aux familles des personnes tuées et blessées lors du bombardement de l'ambassade de Chine à Belgrade le 7 mai 1999, *A.J.I.L.*, vol. 102 (2000), p. 127.

⁵¹ Canada, réclamation contre l'URSS pour les dommages causés par le satellite soviétique Cosmos-954, 23 janvier 1979, *I.L.M.*, vol. 18 (1979), p. 905.

⁵² *Ibid.*, p. 906.

⁵³ Protocole entre le Canada et l'URSS, 2 avril 1981, *I.L.M.*, vol. 20 (1981), p. 689.

de son invasion et de son occupation illicites du Koweït»⁵⁴. Dans sa décision 7, le Conseil d'administration de la Commission précise les différents types de dommages visés par l'expression «atteinte à l'environnement et destruction des ressources naturelles»⁵⁵.

15) Dans les cas où une indemnité a été accordée ou convenue à la suite d'un fait internationalement illicite ayant causé ou menaçant de causer un dommage à l'environnement, les sommes versées avaient pour objet de rembourser l'État lésé des frais qu'il avait raisonnablement encourus pour prévenir la pollution ou y remédier, ou de le dédommager de la perte de valeur du bien pollué⁵⁶. Cependant, les dommages à l'environnement vont souvent au-delà de ceux qui peuvent facilement être évalués en termes de frais de nettoyage ou de perte de valeur d'un bien. Les atteintes à de telles valeurs environnementales (biodiversité, agrément, etc. – parfois appelées «valeurs de non-usage») ne sont pas moins réelles et indemnifiables, en principe, que les dommages aux biens, même si elles sont sans doute plus difficiles à évaluer.

16) Le domaine de la protection diplomatique fournit de nombreuses indications sur les normes d'indemnisation et méthodes d'évaluation à appliquer, notamment dans les cas d'atteinte aux personnes et de prise de biens corporels ou de dommages à de tels biens. Il est bien établi qu'un État peut réclamer une indemnisation pour dommages subis personnellement par ses agents ou ses ressortissants, en sus d'une indemnisation pour tout dommage direct qu'il aurait pu lui-même subir en liaison avec le même fait. Le dommage personnel donnant lieu à indemnisation englobe non seulement les pertes matérielles qui y sont associées, telles que le manque à gagner et la diminution de la capacité de gain, les frais médicaux et autres dépenses assimilées, mais aussi le dommage, ou préjudice, extrapatrimonial ou immatériel, subi par le particulier (appelé parfois dans certains systèmes juridiques nationaux «dommage moral»). Le préjudice extrapatrimonial s'entend généralement de la perte d'un être cher, du *pretium doloris*, ainsi que de l'atteinte à la

⁵⁴ Résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité, par. 16.

⁵⁵ Décision 7 du 17 mars 1992, *Critères applicables à d'autres catégories de réclamations*, S/AC.26/1991/7/Rev.1.

⁵⁶ Voir la décision rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail (Trail Smelter Arbitration)*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (1938, 1941), p. 1907, dans laquelle le Tribunal arbitral a accordé une indemnité aux États-Unis pour les dommages au sol et aux biens causés par les émissions de gaz sulfureux d'une fonderie située de l'autre côté de la frontière au Canada. Le montant de l'indemnité a été calculé sur la base de la perte de valeur des terres concernées.

personne, à son domicile ou à sa vie privée. Tout autant que le préjudice matériel subi par l'État lésé, le préjudice extrapatrimonial est susceptible d'évaluation financière et peut faire l'objet d'une demande en indemnisation, comme souligné dans l'affaire du «*Lusitania*»⁵⁷. Dans cette affaire, le surarbitre a considéré que le droit international donne le droit d'obtenir réparation pour souffrance morale, une blessure d'ordre affectif ou une humiliation, une honte, le déshonneur, la perte d'une position sociale, une atteinte au crédit ou à la réputation, ces dommages étant «très réels, et le seul fait qu'ils sont difficiles à mesurer ou à estimer en valeurs monétaires ne les rend pas moins réels et n'est pas une raison qui puisse empêcher une victime d'être indemnisée sous la forme de dommages et intérêts...»⁵⁸.

17) Les juridictions internationales ont à plusieurs occasions entrepris d'évaluer l'indemnité due pour dommages personnels. Par exemple, dans l'affaire du *Navire «Saiga»*⁵⁹. Le Tribunal a estimé que le droit à indemnisation de Saint-Vincent-et-les Grenadines s'étendait aux dommages et intérêts au titre du préjudice porté aux membres de l'équipage, de leur arrestation illégale, de leur détention ou d'autres formes de mauvais traitements subis.

18) Traditionnellement, la question de l'indemnisation pour dommages personnels subis par le ressortissant d'un État étranger ou un de ses agents était réglée essentiellement par des commissions mixtes des réclamations ayant à connaître de la responsabilité des États pour préjudice causé à des ressortissants étrangers. Les commissions des réclamations ont accordé réparation pour dommages personnels en cas à la fois de décès ou de privation de liberté dus à un fait illicite. Dans le cas des réclamations pour décès consécutif à un fait illicite, les indemnités ont été généralement calculées à partir d'une évaluation des pertes subies par les héritiers

⁵⁷ *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, p. 32 (1923). Les juridictions internationales ont fréquemment accordé des indemnités pour préjudice moral causé à des particuliers. Tel a été le cas par exemple dans l'affaire *Chevreau (France c. Royaume-Uni)*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 1113 (1923), *A.J.I.L.*, vol. 27, 1933, p. 153; l'affaire *Gage*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 226 (1903); l'affaire *Di Caro*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 597 (1903); l'affaire des *Héritiers de Jean Maninat*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 55 (1903).

⁵⁸ *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII (1923), p. 40.

⁵⁹ Affaire du *Navire «Saiga» (n° 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. la Guinée)*, Tribunal international du droit de la mer, arrêt du 1^{er} juillet 1999.

survivants ou les successeurs, conformément à la formule bien connue employée par le surarbitre Parker dans l'affaire du «*Lusitania*», et prenant en compte la perte:

«des sommes a) que le décédé, s'il n'avait pas été tué, aurait probablement versées au réclamant; y ajouter b) la valeur pécuniaire qu'auraient représenté pour ce réclamant les services personnels du décédé dans le soin, l'éducation ou la direction du réclamant; y ajouter aussi c) une indemnisation raisonnable pour la souffrance morale ou la commotion, s'il y a lieu, causée par la rupture violente d'affections de famille, souffrances que cette mort a pu effectivement causer au réclamant. Le montant de ces estimations, réduit à sa valeur monétaire actuelle, représentera généralement la perte subie par le réclamant.»⁶⁰

Dans les cas de privation de liberté, les arbitres ont parfois accordé un montant déterminé pour chaque jour passé en détention⁶¹. Les indemnités ont souvent été majorées dans les cas où à l'arrestation et à la détention illégales s'ajoutaient des conditions de détention abusives ayant causé des préjudices physiques ou psychologiques particulièrement graves⁶².

19) La question de l'indemnisation pour atteinte à la personne a également été traitée par des organes de défense des droits de l'homme, notamment la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Les indemnités octroyées englobent à la fois les pertes matérielles (manque à gagner, pensions, frais médicaux, etc.) et les dommages extrapatrimoniaux (*pretium doloris*, préjudice psychologique ou moral, humiliation, perte de jouissance de la vie, perte d'un compagnon ou d'une compagne ou perte d'un consortium), le dommage extrapatrimonial étant en général calculé sur la base d'une évaluation équitable. Jusqu'ici, le montant des indemnités ou des dommages et intérêts accordés ou recommandés par ces organes a été modeste⁶³. Il reste que les décisions des organes de défense des droits

⁶⁰ *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII (1923), p. 35.

⁶¹ Voir par exemple l'affaire du «*Topaze*», *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (1903), p. 389; l'affaire *Faulkner*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (1926), p. 71.

⁶² Voir par exemple l'affaire *William McNeil*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V. (1931), p. 168.

⁶³ Voir l'étude de D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (Oxford, Clarendon Press, 1999), chap. 8 et 9; A. Randelzhofer & C. Tomuschat (dir. publ.), *State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, (La Haye, Nijhoff, 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.

de l'homme relatives à l'indemnisation se fondent sur les principes de la réparation en droit international général⁶⁴.

20) Outre un grand nombre d'accords d'indemnisation globale couvrant des demandes multiples⁶⁵, un large éventail de tribunaux spéciaux et de tribunaux permanents, de commissions des réclamations mixtes et nationales ont eu à connaître depuis deux siècles de demandes d'indemnisation pour dommages matériels causés par un fait internationalement illicite. Étant donné la diversité des organes juridictionnels, les sentences rendues font apparaître une considérable diversité⁶⁶, mais elle renferme des principes utiles pour le calcul des indemnités dues au titre de dommages matériels subis.

21) L'estimation est basée sur la perte subie par le requérant aux droits patrimoniaux duquel il a été porté atteinte. Cette perte est normalement évaluée par rapport à des catégories de

⁶⁴ Voir par exemple la décision de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Velásquez Rodríguez, C.I.D.H., série C, n° 4* (1989), p. 26 et 27, 30 et 31. Voir aussi l'affaire *Papamichalopoulos c. Grèce (Article 50), Cour européenne des droits de l'homme, série A, n° 330-B* (1995), par. 36.

⁶⁵ Voir par exemple R. B. Lillich & B. H. Weston, *International Claims: Their settlement by Lump Sum Agreements* (Charlottesville, University Press of Virginia, 1975); B. H. Weston, R. B. Lillich & D. J. Bederman, *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements, 1975-1995* (Ardsley, N.Y., Transnational Publishers, 1999).

⁶⁶ La polémique se poursuit s'agissant des affaires d'expropriation, en ce qui concerne en particulier les règles en matière d'indemnisation applicables vu la distinction entre expropriation ordonnée par l'État en toute légalité et reprise illicite, distinction établie clairement par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów, Fond, 1928, C.P.J.I., série A, n° 17*, p. 47. Dans un certain nombre d'affaires, les tribunaux ont fait valoir cette distinction pour accorder des indemnités pour manque à gagner dans le cas de prises illicites (voir par exemple les observations de l'arbitre dans *Libyan American Oil Company (LIAMCO) c. Government of Libya*, (1982) *I.L.R.*, vol. 62, p. 202 et 203; et aussi l'arbitrage *Aminoil: Government of Kuwait c. American Independent Oil Company*, (1982) *I.L.R.*, vol. 66, p. 600, par. 138; *Amoco International Finance Corporation c. Government of the Islamic Republic of Iran*, (1987) *15 Iran-U.S.C.T.R.* 189, p. 246, par. 192). Il reste que cette distinction entre les principes applicables en matière d'indemnisation selon qu'il s'agit de reprise licite ou de reprise illicite n'a pas été retenue dans tous les cas. Voir par exemple la décision du Tribunal des réclamations irano-américain dans l'affaire *Phillips Petroleum Co. Iran c. Government of the Islamic Republic of Iran*, (1989) *21 Iran-U.S.C.T.R.* 79, p. 122, par. 110. Voir aussi l'affaire *Starrett Housing Corp. c. Governemnt of the Islamic Republic of Iran*, (1987) *16 Iran-U.S.C.T.R.* 79, dans laquelle le Tribunal n'a établi aucune distinction entre le caractère licite ou illicite de l'expropriation et a accordé une indemnité pour manque à gagner.

dommages précis: i) indemnisation au titre de la valeur en capital; ii) indemnisation pour manque à gagner et iii) indemnisation au titre des dépenses accessoires.

22) L'indemnisation au titre de la valeur en capital du bien exproprié ou détruit à raison d'un fait internationalement illicite est normalement calculée sur le critère de la «valeur loyale et marchande» du bien perdu⁶⁷. Il reste que la méthode employée pour évaluer la «valeur loyale et marchande» dépend de la nature de l'actif considéré. Lorsque le bien en question (ou un bien comparable) fait l'objet d'un commerce libre sur le marché libre, sa valeur peut être calculée plus aisément. En l'occurrence, le choix et l'application des méthodes de la valeur de l'actif fondées sur les données du marché et les caractéristiques physiques du bien ne posent pas beaucoup de problèmes, si ce n'est des problèmes en matière de preuves dans le cas des réclamations pendantes depuis un certain temps⁶⁸. Lorsque le bien réel faisant l'objet d'une réclamation est unique ou inhabituel (par exemple une œuvre d'art ou un autre bien culturel⁶⁹), ou qu'il ne fait

⁶⁷ Voir l'affaire *American International Group, Inc. c. Gouvernement of the Islamic Republic of Iran*, dans laquelle le Tribunal a déclaré qu'en droit international général, «l'évaluation doit se faire sur la base de la valeur loyale et marchande des actions»: (1983) 4 *Iran-U.S.C.T.R.* 96, p. 106. Dans l'affaire *Starrett Housing Corp. c. Government of the Islamic Republic of Iran*, le Tribunal a accepté la définition de la valeur loyale et marchande donnée par son expert, à savoir «le prix qu'un acheteur sérieux paierait à un vendeur sérieux lorsque chacun d'eux possède de bonnes informations et souhaite obtenir un gain financier maximum et qu'aucun des deux n'est soumis à la contrainte ou à la menace»: (1987) 16 *Iran-U.S.C.T.R.* 79, p. 119 et 120. Voir aussi les directives de la Banque mondiale *World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, dont le paragraphe 3 de la partie IV stipule que l'indemnisation sera réputée adéquate si elle est calculée sur la valeur loyale et marchande du bien exproprié, telle qu'établie au moment qui précède immédiatement celui où l'expropriation est intervenue ou celui où la décision d'exproprier le bien a été rendue publique: Banque mondiale, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment*, 2 volumes (BIRD, Washington, 1992), vol. II, p. 41. De même, selon le paragraphe 1 de l'article 13 du Traité sur la Charte de l'énergie, *I.L.M.*, vol. 33 (1994), p. 360, l'indemnisation pour expropriation «équivalait à la valeur marchande équitable de l'investissement d'exproprié au moment qui précède immédiatement celui où l'expropriation...».

⁶⁸ Dans le cas des règlements prévoyant le versement de sommes forfaitaires en particulier, des accords sont intervenus des dizaines d'années après le dépôt de la réclamation. Voir par exemple l'Accord entre l'URSS et le Royaume-Uni conclu le 15 juin 1986 à propos de réclamations datant de 1917, et l'Accord conclu entre la Chine et le Royaume-Uni le 5 juin 1987 à propos de réclamations datant de 1949. Dans ces cas, le choix de la méthode d'évaluation a été parfois dicté par les éléments de preuve qui étaient disponibles.

⁶⁹ Voir le rapport et les recommandations du Comité de commissaires concernant la deuxième partie de la première tranche de réclamations individuelles pour pertes et préjudices d'un

pas l'objet sur le marché de transactions fréquentes, ou encore qu'il n'a pas fait l'objet de transactions récentes, il est plus difficile d'en déterminer la valeur. Cela vaut par exemple pour certaines entités industrielles ou commerciales qui revêtent le caractère d'entreprises en activité, en particulier dans le cas où les actions ne font pas l'objet de transactions périodiques⁷⁰.

23) Les décisions de divers tribunaux spéciaux depuis 1945 ont trait essentiellement à des réclamations concernant des entités industrielles ou commerciales nationalisées. La méthode utilisée de préférence dans ces cas-là a consisté à estimer l'actif, en tenant compte de la valeur de l'achalandage et de la rentabilité, selon le cas. Cette méthode présente l'avantage de permettre de calculer l'indemnité autant que possible à partir d'une évaluation objective de la valeur de l'assise des actifs corporels de l'entreprise. La valeur de l'achalandage et d'autres indicateurs de rentabilité peut être incertaine, à moins qu'elle ne soit calculée à partir de données issues d'une vente récente ou d'une offre acceptable faite dans des conditions de pleine concurrence. Il reste que dans le cas des entités industrielles ou commerciales rentables dont l'ensemble est plus grand que la somme des parties, l'indemnisation ne serait pas totale si ces facteurs n'étaient pas dûment pris en considération⁷¹.

24) Une autre méthode d'évaluation de la perte de capital consiste à déterminer la valeur comptable nette, c'est-à-dire la différence entre le montant total de l'actif de l'entreprise et le montant total du passif tel qu'il apparaît dans ses livres comptables. Elle offre plusieurs

montant supérieur à 100 000 dollars des États-Unis, 12 mars 1998, S/AC.26/1998/3, par. 48 et 49, où la Commission d'indemnisation des Nations Unies a examiné une demande d'indemnisation concernant l'expropriation par des militaires irakiens d'une collection d'art islamique appartenant au requérant.

⁷⁰ On peut utiliser le cours de l'action lorsqu'il constitue une preuve satisfaisante de sa valeur, comme cela a été le cas dans l'affaire *INA Corporation c. Islamic Republic of Iran*, (1985) 8 *Iran-U.S.C.T.R.* 373.

⁷¹ Il était autrefois reconnu que même lorsque la reprise d'un bien était licite, l'indemnisation pour une entreprise en activité devait aller au-delà de la valeur des éléments biens de l'entreprise. La Commission des réclamations américano-méxicaines, en rejetant une demande d'indemnisation pour manque à gagner dans le cas d'une reprise licite, a déclaré que l'indemnité à verser au titre des éléments biens serait «majorée de la valeur des éléments qui constituent une entreprise en exploitation»: *Wells Fargo & Company c. Mexico (Decision No 22-B)*, Commission des réclamations américano-méxicaines (1926), p. 153. Voir aussi la décision n° 9 de la Commission d'indemnisation des Nations Unies (S/AC.26/1992/9, par. 16).

avantages: les chiffres peuvent être calculés objectivement par rapport aux coûts marchands; ils sont généralement tirés de livres récents et ils sont basés sur des données produites et utilisées par le requérant à des fins autres que celles touchant la réclamation. C'est pourquoi la méthode de la valeur comptable nette (ou une variante) a été employée pour estimer la valeur d'une entreprise. Cette méthode a cependant ses limites, qui tiennent à la dépendance vis-à-vis du coût d'origine, ou au caractère prudent de certains principes comptables qui tendent à sous-évaluer les actifs, notamment en période d'inflation, et au fait que la finalité des chiffres calculés ne tient pas compte du contexte de l'indemnisation et des règles qui y sont applicables. Le bilan peut renfermer une rubrique achalandage, mais la fiabilité de ces chiffres dépend du laps de temps qui s'est écoulé entre le moment où ils ont été calculés et celui de la vente effective.

25) Dans les cas où une entreprise n'est pas en exploitation⁷² on utilise généralement la valeur dite de "liquidation", ou de "liquidation forcée" ou encore de "dissolution". On ne tient alors pas compte de la valeur au-delà de la valeur marchande des actifs pris individuellement.

Des techniques ont été mises au point pour calculer, en l'absence de transactions effectives, des valeurs hypothétiques représentant celles dont un acheteur sérieux et un vendeur sérieux pourraient convenir⁷³.

26) Depuis 1945, des techniques d'évaluation ont été élaborées pour tenir compte de différents éléments de risque et de probabilité⁷⁴. La méthode des flux monétaires actualisés recueille

⁷² Pour un exemple d'entreprise dont on a considéré qu'elle n'était pas en exploitation, voir l'affaire *Phelps Dodge Corp. c. Islamic Republic of Iran*, (1986) 10 *Iran-U.S.C.T.R.* 121, dans laquelle l'entreprise n'avait pas été créée depuis suffisamment longtemps pour que sa viabilité puisse être établie. Dans l'affaire *Sedco c. NIOC*, le requérant ne visait que la valeur de liquidation: (1986) 10 *Iran-U.S.C.T.R.* 180.

⁷³ Le caractère hypothétique du résultat est analysé dans l'affaire *Amoco International Finance Corp. v. Islamic Republic of Iran*, (1987) 15 *Iran-U.S.C.T.R.* 189, p. 256 et 257, par. 220 à 223.

⁷⁴ Voir par exemple la méthodologie détaillée élaborée par la Commission d'indemnisation des Nations Unies pour évaluer les réclamations émanant d'entreprises koweïtiennes (Rapport et recommandations du Comité de commissaires concernant la première tranche des réclamations de la catégorie "E4", 19 mars 1999, S/AC.26/1999/4, par. 32 à 62) et les réclamations présentées au nom de sociétés et autres entités commerciales ou industrielles non koweïtiennes, à l'exclusion des demandes d'indemnisation émanant du secteur pétrolier, du secteur du bâtiment et des travaux publics, ou concernant des garanties à l'exportation (Rapport et recommandations du Comité de commissaires concernant la troisième tranche de réclamations "E2", 9 décembre 1999, S/AC.26/1999/22).

quelque faveur, singulièrement lorsqu'il s'agit de calculer le revenu sur une période limitée, dans le cas des actifs défectibles par exemple. Bien que mise au point pour évaluer la valeur marchande d'un bien, elle peut aussi être utilisée pour calculer la valeur d'un bien à des fins d'indemnisation⁷⁵. Mais des difficultés peuvent se poser dans l'application de cette méthode au calcul de la valeur en capital dans le contexte d'une indemnisation. Cette méthode fait appel à un large éventail d'éléments qui relèvent foncièrement du domaine de la spéculation, dont certains ont des répercussions importantes sur le résultat (par exemple les taux d'actualisation, les fluctuations monétaires, le taux d'inflation, le prix des produits de base, les taux d'intérêt et d'autres risques commerciaux). Ceci a amené les tribunaux à appliquer avec circonspection cette méthode. Il s'ensuit que bien que les méthodes d'évaluation fondées sur la valeur des revenus aient été acceptées dans leur principe, une préférence marquée se manifeste en faveur des méthodes de la valeur de l'actif⁷⁶. On se méfie en particulier du risque de double comptabilisation qui découle de l'existence d'un lien entre la valeur en capital d'une entreprise et ses profits d'origine contractuelle⁷⁷.

27) Il est reconnu au paragraphe 2 de l'article 36 que, dans certains cas, une indemnisation pour manque à gagner peut être indiquée. Des tribunaux internationaux ont tenu compte du manque à gagner en évaluant le montant de l'indemnité. Il s'agit, par exemple, des décisions

⁷⁵ Le recours à la méthode des flux monétaires actualisés pour évaluer la valeur en capital a été analysé de façon assez détaillée dans les affaires suivantes: *Amoco International Finance Corp., c. Islamic Republic of Iran*, (1987) 15 *Iran-U.S.C.T.R.* 189; *Starrett Housing Corp. c. Islamic Republic of Iran*, (1987) 16 *Iran-U.S.C.T.R.* 112; *Philips Petroleum Co. Iran c. Islamic Republic of Iran*, (1989) 21 *Iran-U.S.C.T.R.* 79; et *Ebrahimi (Shahin Shaine) c. Islamic Republic of Iran*, (1994) 30 *Iran-U.S.C.T.R.* 170.

⁷⁶ Voir par exemple les affaires *Amoco International Finance Corp. c. Islamic Republic of Iran*, 15 *Iran-U.S.C.T.R.* 189 (1987); *Starrett Housing Corp. c. Islamic Republic of Iran*, 16 *Iran-U.S.C.T.R.* 112 (1987); *Philips Petroleum Co. Iran c. Islamic Republic of Iran*, 21 *Iran-U.S.C.T.R.* 79 (1989). Dans le cas des réclamations pour manque à gagner, la préférence va de même à la prise en compte des résultats passés plutôt que des prévisions. Par exemple, dans ses directives concernant l'évaluation des pertes industrielles ou commerciales, la Commission d'indemnisation des Nations Unies a déclaré dans sa décision n° 9 (S/AC.26/1992/9, par. 19): «Il faudrait par conséquent que la méthode d'évaluation repose sur les résultats passés plutôt que sur les prévisions et les projections pour l'avenir».

⁷⁷ Voir par exemple *Ebrahimi (Shahin Shaine) c. Islamic Republic of Iran*, (1994) 30 *Iran-U.S.C.T.R.* 170, par. 159.

rendues dans l'affaire du *Cape Horn Pigeon*⁷⁸ et l'affaire *Sapphire International Petroleum Ltd. c. National Iranian Oil Company*⁷⁹ Le manque à gagner a joué un rôle dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* elle-même, la Cour permanente de justice internationale ayant décidé que la partie lésée devait recevoir une indemnité correspondant à la valeur que les biens perdus avaient, non pas au moment de l'expropriation, mais au moment de l'indemnisation⁸⁰. Des indemnités ont aussi été accordées pour perte de profits prévus dans des contrats, dans les arbitrages *Libyan American Oil Company (LIAMCO) c. Libya*⁸¹ ou dans des arbitrages rendus par le CERDI⁸². Néanmoins, les indemnités accordées pour manque à gagner ont été dans la pratique moins courantes que celles accordées pour les pertes comptabilisées. Des tribunaux ont hésité à accorder des indemnités dans le cas de réclamations émaillées d'éléments relevant foncièrement du domaine de la spéculation⁸³. Comparés aux actifs corporels, les profits (et les actifs

⁷⁸ *United States of America c. Russia, Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 63 (1902), (y compris une indemnité pour manque à gagner du fait de la saisie d'un baleinier américain). Des conclusions analogues ont été prises dans l'affaire du *Chemin de fer de la baie de Delagoa* (1900), Martens, *Nouveau Recueil*, 2^e série, vol. XXX, p. 329, Moore, *International Arbitrations*, vol. II, p. 1865 (1900), l'affaire du «*William Lee*», Moore, *International Arbitrations*, vol. IV, p. 3405 à 3407 (1867) et l'affaire *Yuille Shortridge and Co. (Royaume-Uni c. Portugal)*, de Lapradelle & Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, p. 78 (1861). Ces décisions sont à l'opposé de celles prises dans l'affaire du «*Canada*» (*États-Unis d'Amérique c. Brésil*), Moore, *International Arbitrations*, vol. II, p. 1733 (1870) et l'affaire *Lacaze*, de Lapradelle & Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, p. 290.

⁷⁹ (1963) *I.L.R.*, vol. 35, p. 187 et 189.

⁸⁰ *Usine de Chorzów (Fond)*, 1928, *C.P.J.I. série A n° 17*, p. 47, 48 et 53.

⁸¹ (1977) *I.L.R.*, vol. 62, p. 140.

⁸² Voir par exemple l'affaire *Amco Asia Corp. and Others c. Republic of Indonesia*, First Arbitration (1984); Annulment (1986); Resubmitted Case, (1990) 1 *I.C.S.I.D. Reports* 377; l'affaire *AGIP Spa c. Government of the People's Republic of the Congo*, (1979) 1 *I.C.S.I.D. Reports* 306.

⁸³ Selon l'arbitre dans l'affaire *Shufeldt (USA/Guatemala)*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1930), p. 1099, «le *lucrum cessans* doit découler directement du contrat et ne doit ni être trop éloigné, ni trop relever du domaine de la spéculation». Voir aussi l'affaire *Amco Asia Corp. and Others c. Republic of Indonesia* (1990) 1 *I.C.S.I.D. Reports* 569, p. 612, par. 178, où il est indiqué que les «profits ne relevant pas du domaine de la spéculation» sont susceptibles de recouvrement. La Commission d'indemnisation des Nations Unies a également souligné que les requérants devaient lui apporter «des preuves claires et convaincantes des bénéfices réalisés et escomptés» [voir Rapport et recommandations du Comité de commissaires concernant

incorporels dont la valeur est fondée sur le revenu) sont assez exposés aux risques commerciaux et politiques, et ils le sont d'autant plus que les projections sont à long terme. Des indemnités pour perte de profits futurs ont été accordées dans les cas où un flux de revenu anticipé avait acquis des caractéristiques telles qu'il pouvait être considéré comme constituant un intérêt juridiquement protégé suffisamment sûr pour donner lieu à indemnisation⁸⁴. Cela s'est fait généralement à travers des contrats ou dans certains cas, en vertu d'une longue série de transactions commerciales⁸⁵.

28) Trois catégories de perte de profits sont à distinguer: premièrement, la perte découlant de biens productifs de revenus subie au cours d'une période où le titre de propriété n'était pas mis en cause, par opposition à la perte de jouissance temporaire; deuxièmement, la perte de profits découlant de biens productifs de revenus subie entre la date de l'expropriation du titre et celle du règlement du litige⁸⁶ et troisièmement, la perte de profits futurs, cas dans lequel une indemnité

la première tranche des réclamations de la catégorie «E3», 17 décembre 1998 (S/AC.26/1998/13, par. 147)]. Pour évaluer les réclamations pour manque à gagner portant sur des contrats de travaux publics, les comités de commissaires ont généralement demandé aux requérants de prendre en considération dans le calcul du montant de leur réclamation le facteur risque inhérent au projet [ibid., par. 157; Rapport et recommandations du Comité de commissaires concernant la quatrième tranche de réclamations «E3», 30 septembre 1999 (S/AC.26/1999/14, par. 126)].

⁸⁴ En examinant les réclamations concernant des profits futurs, le Comité de commissaires de la Commission d'indemnisation des Nations Unies traitant de la quatrième tranche des réclamations de la catégorie «E3» a estimé que pour qu'une réclamation de cette nature puisse faire l'objet d'une recommandation, «il [fallait] que les pièces justificatives ou autres informations appropriées attestent de manière satisfaisante l'existence de précédents positifs (c'est-à-dire une tradition de bénéfices et l'existence de circonstances permettant de justifier l'assertion selon laquelle il y aurait eu à l'avenir d'autres contrats profitables»: Rapport et recommandations du Comité de commissaires concernant la quatrième tranche des réclamations de la catégorie «E3», 30 septembre 1999 (S/AC.26/1999/14), par. 140.

⁸⁵ Selon Whiteman, «pour que des indemnités soient accordées à ce titre, il faut que les profits prospectifs ne relèvent pas trop du domaine de la spéculation, ne soient pas trop contingents, trop incertains, etc. La preuve doit exister qu'ils ont été *raisonnablement* anticipés; et que les profits anticipés étaient probables et non pas simplement possibles»: Whiteman, *Damages*, vol. III, p. 1837.

⁸⁶ Il s'agit généralement de la dépossession de biens, par opposition à la résiliation illégale d'un contrat ou d'une concession. S'il est accordé une restitution, l'octroi d'une indemnité pour manque à gagner s'apparenterait à celle octroyée dans le cas d'une dépossession temporaire. S'il n'est pas accordé de restitution, comme dans le cas de l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów (Fond)*, 1928, C.P.J.I., série A n° 17, p. 47 et de l'affaire des *Réclamations des armateurs*

pour manque à gagner est octroyée au titre des profits anticipés après la date du règlement du litige⁸⁷.

29) La première catégorie comprend les demandes d'indemnisation pour manque à gagner du fait de la perte de la jouissance temporaire de l'actif productif de revenus⁸⁸. Dans ce cas, le titre de propriété n'est pas en jeu et, par conséquent, la perte donnant lieu à indemnisation pendant la période considérée correspond au revenu auquel le requérant avait droit en vertu d'une possession non contestée.

30) La deuxième catégorie comprend les réclamations visant la prise illicite d'un bien productif de revenus. Des indemnités pour manque à gagner ont été accordées pour la période allant jusqu'à la date du règlement du litige. Dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*⁸⁹, cette indemnisation a revêtu la forme de réinvestissement de revenus, représentant les profits calculés pour la période comprise entre la date de l'expropriation et la date de la décision rendue.

norvégiens (Norvège/États-Unis d'Amérique), Recueil des sentences arbitrales, vol. I, p. 307 (1922), une indemnité est octroyée pour profits perdus jusqu'au moment où l'indemnisation est versée en lieu et place de la restitution.

⁸⁷ Des indemnités pour perte de bénéfices futurs ont été octroyées dans le cas de revenus stipulés dans un contrat, comme dans l'affaire *Amco Asia (Amco Asia Corp. and Others c. Republic of Indonesia)*, First Arbitration (1984); Annulment (1986); Resubmitted Case (1990) 1 *I.C.S.I.D. Reports* 377), plutôt que sur la base de l'expropriation de biens productifs de revenus. Dans le rapport et les recommandations de la Commission d'indemnisation des Nations Unies concernant la deuxième tranche des réclamations de la catégorie «E2» (S/AC.26/1999/6), traitant des pertes pour baisse d'activité commerciale, le Comité de commissaires a considéré que les pertes résultant d'une baisse des opérations commerciales ouvraient droit à réparation même si les actifs corporels n'avaient pas été touchés et si l'entreprise avait continué ses activités pendant toute la période considérée (ibid., par. 76).

⁸⁸ Nombre des affaires anciennes dans lesquelles une indemnité pour manque à gagner a été accordée concernaient des navires arraisonnés et immobilisés. Dans l'affaire du «*Montijo*», où un navire américain avait été arraisonné au Panama, le surarbitre a octroyé une somme d'argent par journée d'utilisation du navire perdue: Moore, *International Arbitrations*, vol. II, p. 1421 (1875). Dans l'affaire du «*Betsey*», une indemnité a été accordée correspondant non seulement à la valeur de la cargaison arraisonnée et immobilisée, mais aussi aux surestaries dues pour la période d'immobilisation à titre de perte de jouissance: Moore, *International Adjudications*, vol. V, p. 113 (1794).

⁸⁹ *Usine de Chorzów (Fond)*, 1928, *C.P.J.I.*, série A n° 17, p. 47.

Dans l'affaire des *Réclamations des armateurs norvégiens*⁹⁰, l'indemnité pour manque à gagner n'a pas été octroyée au-delà de la date de la décision rendue. Une fois la valeur en capital du bien productif de revenus rétablie par le jeu de l'indemnisation, les sommes versées à ce titre peuvent être réinvesties pour reconstituer un flux de revenus. Si la philosophie qui sous-tend l'octroi d'une indemnité pour manque à gagner dans ces affaires est moins évidente, cela peut être dû au fait que le droit de jouissance continue du requérant sur le bien en question est réputé courir jusqu'au moment où la restitution potentielle se concrétise par le versement d'une indemnité⁹¹.

31) La troisième catégorie de demandes d'indemnités pour manque à gagner concerne les concessions et autres intérêts protégés par contrat. Dans ces cas aussi, des indemnités pour perte de profits futurs ont parfois été octroyées⁹². Dans le cas des contrats, c'est le revenu futur qui donne lieu à indemnisation, jusqu'à extinction du droit. Dans certains contrats, l'indemnité

⁹⁰ *Réclamation des armateurs norvégiens (Norvège/États-Unis d'Amérique)*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I, p. 307 (1922).

⁹¹ Pour la démarche suivie par la Commission d'indemnisation des Nations Unies dans l'examen des réclamations pour manque à gagner lié à la destruction d'entreprises à la suite de l'invasion du Koweït par l'Iraq, voir le Rapport et recommandations du Comité de commissaires concernant la première tranche des réclamations de la catégorie «E4», 19 mars 1999 (S/AC.26/1999/4), par. 184 à 187.

⁹² Dans certains cas, des indemnités pour manque à gagner n'ont pas été octroyées au-delà de la date de la décision, mais pour des raisons n'ayant aucun rapport avec la nature du bien productif de revenus. Voir par exemple l'affaire *Robert May (United States c. Guatemala)*, 1900 For. Rel. 648; Whiteman, *Damages*, vol. III, p. 1704, 1860, où la concession était normalement expirée. Dans d'autres affaires, un cas de force majeure a eu pour effet de suspendre l'exécution d'obligations contractuelles. Voir par exemple les affaires *Gould Marketing, Inc. c. Ministry of Defence*, (1984) 6 *Iran-U.S.C.T.R.* 272; *Sylvania Technical Systems c. Islamic Republic of Iran*, (1985) 8 *Iran-U.S.C.T.R.* 298. Dans l'affaire du *Chemin de fer de la baie de Delagoa (Portugal/Royaume-Uni)*, Martens, *Nouveau Recueil*, 2^e série, vol. XXX, p. 329; Moore, *International Arbitrations*, vol. II, p. 1865 (1900), et dans l'affaire *Shufeldt (États-Unis/Guatemala)*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 1079 (1930), une indemnité pour manque à gagner a été octroyée dans le cadre d'une concession résiliée. Dans les affaires *Sapphire International Petroleum Ltd c. National Iranian Oil Company*, (1963) *I.L.R.*, vol. 35, p. 136; *Libyan American Oil Company (LIAMCO) c. Government of the Libyan Arab Republic*, (1977) *I.L.R.*, vol. 62, p. 140 et *Amco Asia Corp. and Others c. Republic of Indonesia*, First Arbitration (1984); Annulment (1986); Resubmitted Case (1990), 1 *I.C.S.I.D. Reports* 377, des indemnités pour manque à gagner ont été également accordées sur la base de relations contractuelles.

versée immédiatement (par exemple, lorsque le contrat est résiliable à la demande de l'État⁹³ ou dans les cas où il existe un autre motif de résiliation du contrat), on peut intervenir à une date ultérieure qui dépend des clauses du contrat lui-même.

32) Dans d'autres affaires, une indemnité pour manque à gagner a été exclue, au motif qu'il n'existait pas suffisamment de preuves que les profits perdus constituaient un intérêt juridiquement protégé. Dans l'affaire *Oscar Chinn*⁹⁴, un monopole ne s'est pas vu accorder le statut de droit acquis. Dans l'affaire *Asian Agricultural Products*⁹⁵, une demande d'indemnité pour manque à gagner présentée par une entreprise nouvellement créée a été rejetée faute de preuves de gains établis. Les demandes d'indemnités pour manque à gagner sont aussi assujetties aux différentes limitations d'usage qui conditionnent l'octroi de dommages et intérêts, telles que les critères touchant l'existence d'un lien de causalité, le préjudice indirect, les éléments de preuve et les principes comptables, qui tendent à déduire des projections les éléments qui relèvent du domaine de la spéculation.

33) Si des indemnités pour manque à gagner sont allouées, il n'est pas indiqué d'octroyer des intérêts (en vertu de l'article 38) sur les capitaux productifs de profits pendant la même période, tout simplement parce que le capital ne peut produire simultanément des intérêts et des profits. L'objectif premier est d'éviter une double indemnisation tout en assurant une réparation intégrale.

34) Il est bien établi que les dépenses accessoires donnent lieu à indemnisation si elles sont raisonnablement engagées pour remédier aux dommages ou atténuer d'une autre manière les pertes découlant de la violation⁹⁶. Il peut s'agir de dépenses liées au déplacement de personnel ou à la nécessité de stocker ou de vendre à perte des produits non livrés.

⁹³ Comme dans le cas de l'affaire *Sylvania Technical Systems c. Islamic Republic of Iran*, (1985) 8 *Iran-U.S.C.T.R.* 298.

⁹⁴ 1934, *C.P.I.J. séries A/B n° 63*, p. 65.

⁹⁵ *Asian Agricultural Products Ltd c. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, (1990) 4 *I.C.S.I.D. Reports* 245.

⁹⁶ Des indemnités au titre des dépenses accessoires de ce type ont été octroyées par la Commission d'indemnisation des Nations Unies [voir le Rapport et recommandations du Comité

Article 37

Satisfaction

1. L'État responsable d'un fait internationalement illicite est tenu de donner satisfaction pour le préjudice causé par ce fait dans la mesure où il ne peut pas être réparé par la restitution ou l'indemnisation.
2. La satisfaction peut consister en une reconnaissance de la violation, une expression de regrets, des excuses ou toute autre modalité appropriée.
3. La satisfaction ne doit pas être hors de proportion avec le préjudice et ne peut pas prendre une forme humiliante pour l'État responsable.

Commentaire

- 1) La satisfaction est la troisième forme de réparation que l'État responsable peut avoir à fournir pour s'acquitter de son obligation de réparer intégralement le dommage causé par un fait internationalement illicite. Il ne s'agit pas d'une forme de réparation classique, en ce sens que le préjudice causé par le fait internationalement illicite d'un État peut souvent être réparé intégralement par la restitution ou l'indemnisation. Le caractère assez exceptionnel de la satisfaction et les liens que celle-ci entretient avec le principe de la réparation intégrale sont mis en relief par l'expression «dans la mesure où il ne peut pas être réparé par la restitution ou l'indemnisation». Ce n'est que dans les cas où ces deux formes de réparation n'ont pas permis d'assurer une réparation intégrale que la satisfaction peut être nécessaire.
- 2) L'article 37 comprend trois paragraphes, chacun consacré à un aspect distinct de la satisfaction. Le paragraphe 1 porte sur la nature juridique de la satisfaction et les types de préjudice pour lesquels elle peut être accordée. Le paragraphe 2 énumère, de façon non exhaustive, certains modes de satisfaction. Le paragraphe 3 limite l'obligation de donner

de commissaires concernant la première tranche des réclamations de la catégorie «E2» (S/AC.26/1998/7), où des indemnités ont été octroyées au titre de dépenses liées à l'évacuation et aux secours (par. 133, 153 et 249), du coût du rapatriement des employés (par. 228), des coûts de cessation de services (par. 214), des coûts des travaux de rénovation (par. 225) et des dépenses liées à l'atténuation des dommages (par. 183)] et par le Tribunal des réclamations irano-américain (voir *General Electric Company c. Islamic Republic of Iran* (1991) 26 *Iran-U.S.C.T.R.* 148, par. 56 à 60, p. 68, où le Tribunal a accordé une indemnité pour articles revendus à perte et frais de stockage).

satisfaction, eu égard à des pratiques anciennes consistant à exiger des formes de satisfaction déraisonnables.

3) Conformément au paragraphe 1, le préjudice que l'État responsable est tenu de réparer intégralement comprend «tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite d'un État». Le dommage, matériel ou moral, résultant d'un fait internationalement illicite peut normalement être évalué financièrement et est donc sujet à indemnisation. En revanche, la satisfaction est destinée à réparer ces dommages qui, n'étant pas susceptibles d'évaluation financière, constituent un affront pour l'État. Ces préjudices sont souvent de nature symbolique, et découlent du simple fait de la violation de l'obligation, indépendamment des conséquences matérielles de cette violation pour l'État concerné.

4) Le recours à la satisfaction pour des préjudices de ce type, parfois appelés «préjudices immatériels»⁹⁷, est une pratique bien établie en droit international, comme l'a souligné 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»⁹⁸.

La pratique des États offre elle aussi de nombreux exemples de demandes de satisfaction lorsque le fait internationalement illicite d'un État cause un préjudice immatériel à un autre État. Ainsi, il peut s'agir d'outrage à des emblèmes de l'État tels que le drapeau national⁹⁹, de violations de la souveraineté ou de l'intégrité territoriale¹⁰⁰, d'attaques contre des navires ou des aéronefs¹⁰¹,

⁹⁷ Voir 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* (Paris, P.U.F., 1997) p. 354.

⁹⁸ *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande/France)*, R.S.A., vol. XX, p. 272 et 273, par. 122.

⁹⁹ On trouve des exemples dans l'affaire *Magee* (1874) [Whiteman, *Damages*, vol. I, p. 64], l'affaire du *Petit Vaisseau* (1863) [Whiteman, *Damages*, 2^e série, vol. III, n° 2464] et l'affaire qui découla de l'outrage au drapeau français à Berlin en 1920 (C. Eagleton, *The responsibility of States in International Law* (New York, New York University Press, 1928, p. 186 et 187).

¹⁰⁰ Comme cela s'est produit dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, R.S.A., vol. XX, p. 217 (1990).

de mauvais traitements ou d'agressions contre des chefs d'État et de gouvernement ou contre des représentants diplomatiques ou consulaires ou d'autres personnes protégées¹⁰² et la violation de locaux d'ambassades ou de consulats ainsi que du domicile de membres de missions diplomatiques étrangères¹⁰³.

5) Le paragraphe 2 de l'article 37 dispose que la satisfaction peut consister en une reconnaissance de la violation, une expression de regrets, des excuses formelles ou toute autre modalité appropriée. Les modes de satisfaction énumérés dans l'article sont donnés à titre d'exemple. La forme adéquate de la satisfaction dépendra des circonstances et ne peut être prévue à l'avance¹⁰⁴. Les formes que la satisfaction peut revêtir sont nombreuses, parmi lesquelles une enquête sur les causes de l'accident qui est à l'origine du dommage ou du

¹⁰¹ Par exemple, l'attaque d'un appareil soviétique ayant à son bord le Président Brezhnev par des avions de chasse français au-dessus des eaux internationales de la Méditerranée (*R.G.D.I.P.*, vol. 65 (1961), p. 603), et le torpillage d'un navire des Bahamas par un avion cubain en 1980 (*R.G.D.I.P.*, vol. 84 (1980), p. 1078 et 1079).

¹⁰² Voir *F. Przetacznik*, «La responsabilité internationale de l'État à raison des préjudices de caractère moral et politique causés à un autre État», *R.G.D.I.P.*, vol. 78 (1974), p. 951.

¹⁰³ Par exemple, l'attaque par des manifestants, en 1851, du consulat d'Espagne à la Nouvelle-Orléans (Moore, *Digest*, vol. VI, p. 812), la tentative manquée de violation du consulat d'Italie à Alexandrie par deux policiers égyptiens en 1888 (*La prassi italiana di diritto internazionale*, deuxième série, (Dobbs Ferry, N.Y., Oceana, 1970) vol. III, n° 2558). Voir aussi les excuses et les regrets formulés à la suite de manifestations devant l'ambassade de France à Belgrade en 1961 (*R.G.D.I.P.*, vol. 65 (1961), p. 610), et à la suite de l'incendie en 1964 de la bibliothèque du service d'information américain du Caire (*R.G.D.I.P.*, vol. 69 (1965), p. 130 et 131) et, en 1965, de celle de Karachi (*R.G.D.I.P.*, vol. 70 (1966), p. 165 et 166).

¹⁰⁴ 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 «pour aider [les parties] à mettre un terme à cette regrettable affaire». Ainsi, il a recommandé à la France de verser deux millions de dollars américains au bénéfice 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 et 127); voir aussi L. Migliorino, «Sur la déclaration d'illicéité comme forme de satisfaction: à propos de la sentence arbitrale du 30 avril 1990 dans l'affaire du *Rainbow Warrior*», *R.G.D.I.P.*, vol. 96 (1992), p. 61.

préjudice¹⁰⁵, la création d'un fonds fiduciaire pour gérer l'indemnisation dans l'intérêt des bénéficiaires, une action disciplinaire ou pénale contre les personnes dont le comportement est à l'origine du fait internationalement illicite¹⁰⁶ ou l'octroi de dommages-intérêts symboliques pour préjudice non pécuniaire¹⁰⁷. Les assurances ou garanties de non-répétition, dont il est traité dans le contexte de la cessation, peuvent aussi être considérées comme une forme de satisfaction¹⁰⁸. L'énumération qui figure au paragraphe 2 n'est pas exhaustive mais n'exclut aucune possibilité. Qui plus est, l'ordre dans lequel les formes de satisfaction y sont énumérées ne correspond à aucune hiérarchie ni préférence. Il s'agit simplement d'exemples, qui ne sont pas classés en fonction de leur caractère approprié ni de la gravité du fait illicite. Le mode de satisfaction approprié sera, le cas échéant, déterminé selon les circonstances de l'espèce.

6) Une des formes de satisfaction les plus fréquentes pour dommage moral ou immatériel est la déclaration d'illicéité faite par une cour ou un tribunal compétent. La Cour internationale a affirmé l'utilité de la déclaration réparatoire en tant que forme de satisfaction pour préjudice immatériel dans le cadre de l'affaire du *Détroit de Corfu* (Fond), où, après avoir conclu à l'illicéité de l'opération de déminage (l'opération *Retail*) menée par la marine britannique après l'explosion, elle a ajouté 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.»¹⁰⁹

¹⁰⁵ Par exemple, l'enquête menée par les États-Unis pour déterminer les causes de la collision entre un sous-marin américain et un navire de pêche japonais, le *Ehime Maru*, au large d'Honolulu: *New York Times*, 8 février 2001, section 1, p. 1, colonne 6.

¹⁰⁶ Le châtement des individus responsables a été demandé dans l'affaire de l'assassinat en 1948, en Palestine, du comte Bernadotte dans l'exercice de ses fonctions au service des Nations Unies (Whiteman, *Digest*, vol. 8, p. 742 et 743) et dans l'affaire du meurtre, en 1975, de deux officiers américains à Téhéran (*R.G.D.I.P.*, vol. 80, p. 257).

¹⁰⁷ Voir, par exemple, l'affaire «*I'm Alone*», *R.S.A.*, vol. III, p. 1609 (1935); *Rainbow Warrior*, *R.S.A.*, vol. XX, p. 217 (1990).

¹⁰⁸ Voir commentaire à l'article 30 *b*, par. 11.

¹⁰⁹ Affaire du *Détroit de Corfu* (Fond), *C.I.J. Recueil 1949*, p. 35, repris dans le *dispositif* p. 36.

Cette position a été suivie dans de nombreuses affaires¹¹⁰. Cependant, bien que les déclarations faites par une cour ou un tribunal compétent puissent être considérées comme une forme de satisfaction dans certaines affaires, de telles déclarations ne sont pas intrinsèquement associées à la satisfaction. Tout tribunal ou cour compétent est habilité à déterminer la licéité d'un comportement et à rendre ses conclusions publiques, en temps qu'étape normale du procès. Une telle déclaration peut être le prélude à une décision portant sur une forme quelconque de réparation ou peut constituer en soi la satisfaction demandée. Dans l'affaire du *Détroit de Corfu*, la Cour a utilisé la déclaration comme forme de satisfaction, l'Albanie n'ayant demandé aucune autre forme de satisfaction. Cette déclaration présente d'autres avantages: elle doit être claire et autonome et, par définition, ne doit pas dépasser la portée ou les limites de la satisfaction visée au paragraphe 3 de l'article 37. Si les déclarations judiciaires ne sont pas mentionnées au paragraphe 2, c'est seulement parce que celles-ci doivent être formulées par un tiers compétent pour connaître du différend, et que le projet d'article n'a pas pour objet de préciser quels sont ces tiers et de traiter de questions liées à la compétence des cours ou tribunaux. L'article 37 précise seulement que la reconnaissance de la violation par l'État responsable est une forme de satisfaction.

7) Les excuses sont une autre forme de satisfaction usuelle; elles peuvent être faites oralement ou par écrit par un représentant de l'État, voire par le chef de l'État. Les excuses et l'expression de regrets étaient demandées par une tierce partie dans les affaires «*I'm Alone*»¹¹¹, *Kellet*¹¹² et *Rainbow Warrior*¹¹³, et ont été offertes par l'État responsable dans les affaires des *Relations consulaires*¹¹⁴ et *LaGrand*¹¹⁵. Les demandes et les offres d'excuses ne sont pas rares dans

¹¹⁰ Par exemple, affaire du *Rainbow Warrior*, *R.S.A.*, vol. XX, (1990), p. 273, par. 123.

¹¹¹ *R.S.A.*, vol. III, p. 1609 (1935).

¹¹² Moore, *Digest*, vol. V, p. 43 (1897).

¹¹³ *R.S.A.*, vol. XX, p. 217 (1990).

¹¹⁴ *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis)*, *Mesures conservatoires*, *C.I.J. Recueil 1998*, p. 248. Pour le texte des excuses présentées par les États-Unis, voir U.S. Department of State Text of Statement Released in Asunción (Paraguay); communiqué de presse de James P. Rubin, Porte-parole, 4 novembre 1998. Pour l'ordonnance mettant fin à la procédure, voir *C.I.J. Recueil 1998*, p. 426.

la pratique diplomatique: lorsque les circonstances le justifient, la présentation d'excuses en temps opportun peut contribuer pour beaucoup au règlement d'un différend. Dans d'autres cas, les excuses n'ont pas lieu d'être, par exemple lorsqu'une affaire est réglée *ex gratia*, ou elles peuvent être insuffisantes. Ainsi, dans l'affaire *LaGrand* la Cour a considéré que des excuses ne suffisent pas en l'espèce, comme d'ailleurs chaque fois que des étrangers n'ont pas été avisés sans retard de leurs droits en vertu du paragraphe 1 de l'article 36 de la Convention de Vienne et qu'ils ont fait l'objet d'une détention prolongée ou été condamnés à des peines sévères»¹¹⁶.

8) Comme il y a eu, par le passé, des demandes excessives faites sous le couvert de la «satisfaction»¹¹⁷, il paraît nécessaire de poser des limites aux mesures qui peuvent être demandées comme mode de satisfaction, et ce pour prévenir les abus qui sont contraires au principe de l'égalité des États¹¹⁸. En particulier, la satisfaction n'est pas censée avoir un caractère punitif, et n'inclut donc pas de dommages-intérêts punitifs. Le paragraphe 3 de l'article 37 fixe les limites de l'obligation de satisfaction sur la base de deux critères: premièrement, la satisfaction doit être proportionnée au préjudice; et deuxièmement, elle ne peut pas prendre une forme humiliante pour l'État responsable. Il est vrai que le terme «humiliant» est imprécis, mais les exemples d'exigences de ce type ne manquent pas dans l'histoire.

¹¹⁵ *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, Mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 9 et *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, Arrêt du 27 juin 2001.

¹¹⁶ *Ibid.*, par. 123.

¹¹⁷ Par exemple, 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: voir C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law* (New York, New York University Press, 1928), p. 187 et 188.

¹¹⁸ La nécessité de prévenir les abus dans le contexte de la satisfaction a été soulignée par des auteurs tels que J. C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt* (3^e éd.) (Nördlingen, 1878); traduction française de C. Lardy, *Le droit international codifié* (5^e éd. revue et corrigée) (Paris, 1895), p. 268 et 269.

Article 38

Intérêts

1. Des intérêts sur toute somme principale exigible selon le présent chapitre sont dus dans la mesure qui est nécessaire pour assurer la réparation intégrale. Le taux d'intérêt et le mode de calcul sont fixés de façon à atteindre ce résultat.
2. Les intérêts courent à compter de la date à laquelle la somme principale aurait dû être versée jusqu'au jour où l'obligation de payer est remplie.

Commentaire

- 1) Les dommages-intérêts ne sont pas une forme autonome de réparation; ils ne sont pas non plus nécessairement présents dans le contexte de l'indemnisation. C'est la raison pour laquelle, à l'article 38, on a utilisé l'expression «somme principale» et non «indemnisation». Cependant, l'attribution de dommages-intérêts peut être nécessaire dans certains cas afin de réparer intégralement le dommage causé par un fait internationalement illicite, et elle est généralement traitée séparément dans les demandes de réparation et dans les sentences des tribunaux.
- 2) En principe, l'État lésé peut prétendre à des intérêts sur la somme principale qui représente le préjudice si cette somme est déterminée avant la date du règlement, de l'arrêt ou de la sentence relatifs à la réclamation et dans la mesure qui est nécessaire pour assurer la réparation intégrale¹¹⁹. La jurisprudence internationale va dans le sens de l'adoption d'une règle générale où les intérêts seraient un aspect de la réparation intégrale¹²⁰. Dans l'affaire du *Wimbledon*, la Cour permanente de Justice internationale a attribué des intérêts simples de 6 % à compter de la date de l'arrêt, 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»¹²¹.

¹¹⁹ 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, R.S.A.*, vol. XII (1956), p. 252 et 253.

¹²⁰ Voir, par exemple, les intérêts alloués dans le cadre de l'affaire *Illinois Central Railroad, R.S.A.*, vol. IV, p. 134 (1926); de l'affaire *Lucas* (1966), *I.L.R.*, vol. 30, p. 220; voir aussi la *Décision administrative n° III* de la Commission mixte des réclamations germano-américaines, *R.S.A.*, vol. VII, p. 66 (1923).

¹²¹ *C.P.J.I. série A n° 1* (1923), p. 32. La Cour a considéré que la demande de la France, visant à ce que le taux d'intérêt fût fixé à 6 %, était bien fondée, étant donné «la situation financière

3) La question de l'allocation d'intérêts a fréquemment surgi dans d'autres instances judiciaires, dans des affaires où le différend portait sur un préjudice subi tant par des personnes privées et que des États¹²². Le cas du Tribunal des différends irano-américains mérite d'être souligné. Dans l'affaire *République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique (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 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»¹²³. Sur la question de principe, le Tribunal a déclaré:

«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.»¹²⁴

actuelle du monde, en tenant compte des conditions admises pour les emprunts publics». La Cour a aussi étudié le paiement des intérêts dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów (Fond)*, C.P.J.I. série A n° 17 (1928) p. 17 («un montant équivalant à un intérêt de 5 % par an de la date de la saisie à celle du paiement»). Cependant, aucun montant n'a été fixé puisque celui de l'indemnisation a fait l'objet d'un accord ultérieur entre les parties.

¹²² Dans l'affaire du *M/V Saiga (n° 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*, le Tribunal international du droit de la mer a alloué des intérêts à des taux différents par rapport à différentes catégories de préjudice: voir arrêt du 1^{er} juillet 1999, par. 173.

¹²³ (1987), *Iran-US Claims Tribunal Reports*, vol. 16, p. 290 [traduction non officielle]. Comme G.H. Aldrich le souligne (1996), p. 475-476, la pratique des trois Chambres n'a pas été entièrement uniforme.

¹²⁴ (1987), *Iran-US Claims Tribunal Reports*, vol. 16, p. 289 et 290 [traduction non officielle].

Le Tribunal a alloué des intérêts à un taux légèrement inférieur dans le cadre de différends intergouvernementaux¹²⁵. 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 particulières¹²⁶.

4) 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 principal»¹²⁷.

Dans cette disposition, 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 dans l'application du principe; les intérêts, s'ils constituent une forme d'indemnisation, sont néanmoins considérés comme un élément secondaire, subordonné au montant principal de la réclamation.

5) L'allocation d'intérêts est également envisagée par les cours et tribunaux compétents en matière de droits de l'homme, bien que la pratique de l'indemnisation 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 sont accordés et doivent faire l'objet de versements échelonnés¹²⁸.

¹²⁵ Voir Brower & Brueschke (1998), p. 626 et 627, avec des références aux différentes affaires. Le taux adopté était de 10 %, à comparer à celui de 12 % pour les différends commerciaux.

¹²⁶ Voir 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 à 31.

¹²⁷ «Allocation d'intérêts», décision 16 du 4 janvier 1993 (S/AC.26/1992/16).

¹²⁸ Voir, par exemple, l'affaire *Velásquez Rodríguez (Indemnisations)*, *C.I.D.H. série C n° 7* (1990), par. 57. La Cour européenne des droits de l'homme adopte à présent une approche

6) Dans la pratique la plus récente, les commissions d'indemnisation et les tribunaux nationaux ont généralement alloué des intérêts lorsqu'ils ont fixé le montant des indemnisations. Cependant, dans certains cas de règlement forfaitaire partiel, 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 distribuer¹²⁹. Les tribunaux nationaux ont à l'occasion abordé les questions relatives aux intérêts dans l'optique du droit international¹³⁰, même si, le plus souvent, ces questions sont réglées par le droit du for.

7) Bien que la jurisprudence comme la pratique tendent à faire des intérêts un élément de la réparation intégrale, on ne peut pas dire que l'État lésé ait automatiquement droit à des intérêts. L'allocation d'intérêts dépend des circonstances de chaque espèce, et surtout de la question de savoir si elle est nécessaire aux fins de la réparation intégrale. Cette approche est conforme à divers systèmes juridiques ainsi qu'à la pratique des tribunaux internationaux.

8) Un autre aspect du problème concerne l'octroi d'intérêts composés. 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

similaire: voir par exemple l'affaire *Papamichalopoulos c. Grèce (Article 50)*, C.E.D.H, série A n° 330-B (1995), par. 39. Dans cette affaire, les intérêts étaient exigibles seulement à l'égard du montant des dommages-intérêts pécuniaires qui avait été octroyé. Voir D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (Oxford, Clarendon Press, 1999), p. 270 à 272.

¹²⁹ Voir, par exemple, 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. n° 37 (1987)).

¹³⁰ Voir, par exemple, *McKesson Corporation c. République islamique d'Iran*, 116 F. Supp. 2d 13 (D.C., DATE).

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»¹³¹.

Conformément à cette approche, le Tribunal a interprété les clauses contractuelles qui semblaient permettre l'octroi d'intérêts composés de façon à 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»¹³². 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»¹³³.

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

9) Plusieurs auteurs ont cependant défendu la révision de ce principe, au motif que «les intérêts composés raisonnablement encourus par la partie lésée devraient être recouvrables comme élément du dommage»¹³⁴. Dans certains cas, cette position a reçu l'appui de tribunaux d'arbitrage¹³⁵. Mais, dans l'état actuel des sources, on ne peut dire qu'un État lésé ait droit

¹³¹ 1984, *Iran-US C.T.R.*, vol. 7, p. 191 et 192, citant M. Whiteman, *Damages in International Law* (Washington, 1943) vol. III, p. 1997 [traduction non officielle]

¹³² *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 et 478.

¹³³ *R.S.A.*, vol. II, p. 650 (1924), cf. la sentence *Aminoil*, où les intérêts alloués étaient composés pour une période donnée, sans que cela soit expliqué. Cela équivalait en l'espèce à plus de la moitié du montant total final, *Gouvernement du Koweït c. American Independant Oil Co.*, (1982), *I.L.R.*, vol. 66, p. 613, par. 178 5).

¹³⁴ Par exemple, F. A. Mann, «*Compound Interest as an Item of Damage in International Law*», in *Further Studies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1990), p. 377 à 383.

¹³⁵ Voir, par exemple, *Compañía de Desarrollo de Santa Elena SA c. République du Costa Rica*, C.I.R.D.I., affaire n° ARB/96/1, sentence finale du 1^{er} février 2000, par. 103 à 105.

à des intérêts composés, si ce n'est lorsqu'il existe des circonstances spéciales qui justifieraient un facteur de composition dans le cadre de la réparation intégrale.

10) La question du mode de calcul des intérêts sur le principal octroyé à titre de réparation soulève quantité de problèmes complexes concernant la date initiale (date de la violation¹³⁶, 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). Il n'existe pas d'approche uniforme, au niveau international, aux questions de quantification et de fixation du montant des intérêts qui sont alloués¹³⁷. En pratique, les circonstances de chaque espèce et le comportement des parties exercent une forte influence sur les modalités choisies. Le tribunal des différends irano-américains a fait observer à raison que ces questions, si elles ne peuvent être résolues par les parties, doivent être laissées «à l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui est accordé [aux tribunaux] pour décider de chaque espèce»¹³⁸. D'un autre côté, le caractère anarchique de la pratique actuelle incite à penser qu'il serait utile d'élaborer une disposition générale sur le calcul des intérêts. C'est pourquoi l'article 38 indique que les intérêts courent à compter de la date à laquelle la somme principale

¹³⁶ Le fait de considérer la date de la violation comme la date initiale soulève des difficultés, notamment quant à la détermination de cette date; en outre, de nombreux systèmes juridiques exigent que le paiement soit requis par le demandeur avant que les intérêts ne commencent à courir. La date de la demande formelle a été retenue comme date pertinente dans l'affaire de l'indemnité russe (RSA, vol. XI, p. 442 (1912), par analogie avec la position généralement adoptée dans les systèmes juridiques internes européens. Quoi qu'il en soit, le fait que la demande de paiement n'a pas été faite en temps voulu est un facteur important dans la décision d'allouer ou non des intérêts.

¹³⁷ Voir, par exemple, J. Y. Gotanda, *Supplemental Damages in Private International Law* (La Haye, Kluwer, 1998), p. 13. Il faut souligner que beaucoup d'États islamiques, influencés par la charia, interdisent dans la loi ou même la Constitution le versement d'intérêts. Ils ont cependant mis en place des modalités de substitution pour les transactions commerciales et internationales. 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». Voir *ibid.*, p. 39 et 40, avec les références citées.

¹³⁸ *République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique (affaire n° A19)* (1987), vol. 16, *Iran-US C.T.R.*, p. 290.

aurait dû être versée, et jusqu'au jour où l'obligation de payer est remplie. Le taux d'intérêt et le mode de calcul doivent être fixés de manière à assurer la réparation intégrale du préjudice subi à raison d'un fait internationalement illicite.

11) Lorsqu'il est tenu compte du manque à gagner dans l'indemnisation du dommage causé par le fait illicite, il serait inapproprié que l'État lésé reçoive des intérêts, car cela impliquerait un double recouvrement. Un même capital ne peut pas être utilisé à la fois pour produire des intérêts et pour produire des profits. Toutefois, des intérêts peuvent être dus sur les profits qui auraient été gagnés, mais dont le propriétaire initial aurait été privé.

12) L'article 38 n'aborde pas à proprement parler la question des intérêts moratoires. Il ne porte que sur les intérêts qui constituent la somme allouée par la cour ou le tribunal, à savoir les intérêts compensatoires. Il vaut mieux considérer que le pouvoir d'une cour ou d'un tribunal d'allouer des intérêts moratoires relève de la procédure.

Article 39

Contribution au préjudice

Pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la contribution au préjudice due à l'action ou à l'omission, intentionnelle ou par négligence, de l'État lésé ou de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée.

Commentaire

1) L'article 39 concerne les situations où le préjudice a été causé par le fait internationalement illicite d'un État qui, de ce fait, est responsable du dommage conformément aux articles 1 et 28, mais où l'État lésé ou la personne victime de la violation a contribué matériellement aux dommages par sa négligence ou par une action ou omission délibérée, situations qui sont désignées, dans les systèmes juridiques nationaux, par les notions de «négligence contributive», «faute concurrente», «faute de la victime», etc.¹³⁹.

2) L'article 39 dispose que le comportement de l'État lésé ou de toute personne ou entité pour laquelle réparation est demandée doit être pris en compte pour déterminer la forme et l'étendue

¹³⁹ Voir C. von Bar, *The Common European Law of Torts* (C. H. Beck, Munich, 2000), p. 517 à 540.

de la réparation. Cette disposition est conforme au principe selon lequel tout préjudice découlant d'un fait internationalement illicite doit être réparé intégralement, mais rien de plus. Elle va aussi dans le sens du principe de l'égalité entre l'État responsable et la victime de la violation.

3) Dans l'affaire *LaGrand*, la Cour internationale de Justice a reconnu que le comportement de l'État réclameur pouvait être pertinent pour déterminer la forme et le montant de la réparation. Dans cette affaire, l'Allemagne avait tardé à dénoncer la violation et à entamer une procédure. La Cour a noté «que l'Allemagne peut être critiquée pour la manière dont l'instance a été introduite et pour le moment choisi pour l'introduire», et dit qu'elle aurait pris ce facteur en considération, parmi d'autres, si «la conclusion de l'Allemagne avait comporté une demande à fin d'indemnités»¹⁴⁰.

4) L'importance de la contribution de l'État lésé au préjudice pour déterminer la réparation est largement étayée par la doctrine¹⁴¹ et par la pratique des États¹⁴². Si la question de la contribution de l'État lésé au préjudice se pose le plus souvent dans le contexte de l'indemnisation, le principe peut également être pertinent pour d'autres formes de réparation. Ainsi, si un navire appartenant à un État est illégalement saisi par un autre État et que, pendant

¹⁴⁰ Affaire *LaGrand* (*Allemagne c. États-Unis d'Amérique*) (*Fond*), arrêt du 27 juin 2001, par. 57, 116. Pour ce qui est de l'importance du retard s'agissant de la perte du droit d'invoquer la responsabilité, voir article 45 *b* et commentaires.

¹⁴¹ Voir, par exemple, B. Graefrath, «*Responsibility and Damage Caused*», in *Recueil des cours*, vol. 185 (1984-II), p. 95; B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale* (Paris, Sirey, 1973), p. 265 à 300.

¹⁴² Dans l'affaire du *Chemin de fer de la baie de Delagoa* (*Grande-Bretagne, USA/Portugal*), les arbitres avaient conclu que: «toutes ces circonstances qui peuvent être alléguées à la charge de la compagnie concessionnaire et à la décharge du Gouvernement portugais atténuent la responsabilité de ce dernier, et justifient [...] une réduction de la réparation à allouer»; (1900), Martens, *Nouveau Recueil*, 2^e série, vol. XXX, p. 329, Moore, *International Arbitrations*, vol. II, p. 1865 (1900). Dans l'affaire du «*Wimbledon*» 1923, *C.P.J.I., série A n° 1*, p. 31, la question s'est posée de savoir si le fait que le navire, après qu'on lui eut refusé de passer par le canal de Kiel, était resté quelque temps au port de Kiel avant de prendre une autre route avait contribué au préjudice. La Cour a admis implicitement qu'il fallait prendre en considération la conduite du capitaine du navire comme une circonstance susceptible d'affecter le montant de l'indemnité bien qu'elle ait conclu que le capitaine avait agi raisonnablement au vu des circonstances. Pour d'autres exemples, voir C. D. Gray, *Judicial Remedies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1987), p. 23.

la durée de la saisie, il subit des avaries imputables à la négligence du capitaine, il pourra être simplement requis de l'État auteur qu'il rende le navire dans l'état endommagé dans lequel il se trouve.

5) Les actions ou omissions qui contribuent au préjudice subi ne sont pas toutes pertinentes à cette fin. L'article 39 autorise que soient prises en compte les seules actions ou omissions qui peuvent être considérées comme intentionnelles et négligentes, c'est-à-dire lorsque la victime de la violation n'a pas veillé sur ses biens ou ses droits avec la diligence voulue¹⁴³. La notion de négligence et d'action ou omission délibérée n'étant pas qualifiée, en indiquant qu'elle doit avoir été «grave» ou «manifeste», sa pertinence aux fins de la détermination de la réparation dépendra de la mesure dans laquelle elle a contribué au préjudice, ainsi que d'autres circonstances de l'espèce¹⁴⁴. L'expression «il est tenu compte» indique que l'article porte sur les facteurs qui sont susceptibles d'affecter la forme de la réparation ou d'en réduire le montant.

6) L'action ou omission, intentionnelle ou par négligence, qui contribue au dommage peut être le fait de l'État lésé ou «de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée». L'expression vise à couvrir non seulement les situations où un État introduit une réclamation au nom d'un de ses nationaux dans le cadre de la protection diplomatique, mais aussi toute autre situation dans laquelle un État invoque la responsabilité d'un autre État à raison d'un comportement qui affecte principalement une tierce partie. Selon les articles 42 et 48, plusieurs situations différentes peuvent se produire. L'idée qui sous-tend l'article est que la position de l'État qui demande réparation ne devrait pas être plus favorable, aux fins de la réparation dans l'intérêt d'un autre, qu'elle ne le serait si la personne ou l'entité au titre de laquelle la réparation est demandée introduisait une réclamation en son nom propre.

¹⁴³ La terminologie est tirée du paragraphe 1 de l'article VI de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux, 29 mars 1972, *Série des traités des Nations Unies*, vol. 961, p. 187.

¹⁴⁴ On peut envisager des situations où le préjudice en question est entièrement imputable au comportement de la victime et pas du tout à celui de l'État «responsable». Les situations de ce type sont couvertes par l'exigence générale de la cause directe, visée à l'article 31, et non par l'article 39. Pour les questions relatives à l'atténuation du préjudice, voir commentaire de l'article 31, par. 14.