### Document:-A/CN.4/SR.2169

# Compte rendu analytique de la 2169e séance

sujet:

## Responsabilité des Etats

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-

1990, vol. I

Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International (http://www.un.org/law/french/ilc/index.htm)

ques ou punitifs ». Il semble y avoir une certaine contradiction dans ce paragraphe, puisqu'il est impossible d'ignorer le caractère pécuniaire des dommages-intérêts punitifs ni de distinguer les dommages-intérêts de l'effet de dissuasion ou de sanction qui leur est attribué. Qui plus est, le projet d'article 8, consacré à la réparation par équivalent, énonce le droit de l'État lésé d'exiger de l'État responsable une indemnisation d'un montant propre à couvrir « tout dommage susceptible d'évaluation économique, causé à l'État lésé par suite du fait illicite, y compris tout dommage moral subi par des ressortissants de l'État lésé » (par. 2). Peut-être peut-on avancer que l'article 8 traite du dommage qui est susceptible d'évaluation économique, et l'article 10 du dommage qui ne l'est pas. Quoi qu'il en soit, la question se pose encore de savoir, comme l'a fait observer le Rapporteur spécial lui-même, si « la satisfaction est, par nature, punitive ou afflictive, ou compensatoire » (A/CN.4/ 425 et Add.1, par. 108).

- 67. Par souci de prudence, M. Illueca pense qu'il y aurait lieu de revoir le paragraphe 1 de l'article 10 et les paragraphes 1 et 2 de l'article 8 pour éviter la confusion qu'évoquait, à propos de l'affaire du « Lusitania », le surarbitre Edwin B. Parker en déclarant :
- [...] Le fait d'imposer une amende du nom de dommages-intérêts en ajoutant comme qualificatifs les mots « à titre d'exemple, de vengeance ou de punition » est une confusion de termes regrettable qui conduit inévitablement à une confusion de pensée. [...] (*Ibid.*, par. 114.)
- 68. Enfin, se référant au texte espagnol du projet d'article 9, M. Illueca se réserve le droit, à un stade ultérieur, de revenir sur l'article, qui ne peut se limiter à traiter de l'« indemnité due pour manque à gagner » (par. 1). Le terme espagnol ganancia est beaucoup trop restrictif, alors qu'il existe d'autres recettes, bénéfices, etc., qui peuvent être perdus, ouvrant ainsi droit à réparation.

La séance est levée à 13 heures.

#### 2169<sup>e</sup> SÉANCE

Mercredi 6 juin 1990, à 10 heures

Président : M. Jiuyong SHI

Présents: M. Al-Khasawneh, M. Arangio-Ruiz, M. Barboza, M. Barsegov, M. Beesley, M. Bennouna, M. Calero Rodrigues, M. Díaz González, M. Eiriksson, M. Francis, M. Graefrath, M. Hayes, M. Illueca, M. Jacovides, M. Koroma, M. Mahiou, M. McCaffrey, M. Njenga, M. Ogiso, M. Pawlak, M. Pellet, M. Razafindralambo, M. Solari Tudela, M. Thiam, M. Tomuschat.

# Responsabilité des États (suite) [A/CN.4/416 et Add.1<sup>1</sup>, A/CN.4/425 et Add.1<sup>2</sup>, A/CN.4/L.443, sect. C]

[Point 3 de l'ordre du jour]

#### Deuxième partie du projet d'articles<sup>3</sup>

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

ARTICLE 8 (Réparation par équivalent)

ARTICLE 9 (Intérêts) et

ARTICLE 10 (Satisfaction et garanties de non-répétition)<sup>4</sup> [suite]

- 1. M. RAZAFINDRALAMBO tient tout d'abord à féliciter et à remercier le Rapporteur spécial pour son deuxième rapport (A/CN.4/425 et Add.1), si enrichissant, et pour la présentation orale qu'il en a faite (2168<sup>e</sup> séance) et qui est de nature à en faciliter la compréhension.
- 2. Le chapitre I<sup>er</sup> du rapport traite du dommage moral causé à l'État et de la distinction entre satisfaction et indemnisation. M. Razafindralambo partage l'analyse du Rapporteur spécial, selon laquelle la réparation par équivalent couvre aussi le dommage moral causé aux personnes, ressortissants ou agents de l'État lésé, en tant que partie intégrante du préjudice principal subi par celui-ci : les exemples cités à l'appui dans le rapport (A/CN.4/425 et Add.1, par. 10) et lors de sa présentation sont concluants. Quant au dommage moral causé plus directement à l'État lui-même, il ne fait aucun doute qu'il s'agit d'un dommage spécifique, distinct de celui causé aux particuliers ou aux agents de l'État, mais aussi différent du dommage matériel causé à l'État lui-même. Ainsi que le Rapporteur spécial le démontre de façon convaincante, le dommage moral de ce type est à la fois « juridique » et « politique », en ce que, d'une part, il résulte d'une violation d'une obligation internationale à l'égard de l'État lésé et que, d'autre part, il consiste en une offense à l'honneur, à la dignité et au prestige de cet État. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes à reconnaître que ce dommage requiert un mode spécifique de réparation, désigné sous le nom générique de « satisfaction ».

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Reproduit dans Annuaire... 1988, vol. II (1<sup>re</sup> partie).

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Reproduit dans Annuaire... 1989, vol. II (1<sup>re</sup> partie).

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> La première partie du projet d'articles (Origine de la responsabilité internationale), dont les articles 1 à 35 ont été adoptés en première lecture, figure dans *Annuaire...* 1980, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 29 et suiv.

Les articles 1 à 5 de la deuxième partie du projet (Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale), adoptés provisoirement par la Commission à ses trente-cinquième et trente-septième sessions, figurent dans Annuaire... 1985, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 24. Pour le texte des autres articles de la deuxième partie du projet — articles 6 à 16 —, que la Commission a renvoyés au Comité de rédaction à ses trente-sixième et trente-septième sessions, *ibid.*, p. 20, note 66. Pour le texte des nouveaux articles 6 et 7 de la deuxième partie, renvoyés au Comité de rédaction à Ia quarante et unième session, voir Annuaire... 1989, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 79 et 80, par. 229 et 230.

Les articles 1 à 5 et l'annexe de la troisième partie du projet (Mise en œuvre de la responsabilité internationale et règlement des différends) ont été examinés par la Commission à sa trente-huitième session et renvoyés au Comité de rédaction. Pour le texte, voir *Annuaire...* 1986, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 37 et 38, note 86.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Pour le texte des projets d'articles, voir 2168<sup>e</sup> séance, par. 2.

- 3. Le chapitre II est consacré à la réparation par équivalent, mode de réparation qui, en cas d'impossibilité de restitutio in integrum, consiste en une indemnité pécuniaire équivalant à la valeur du dommage causé. Le terme généralement utilisé en français pour désigner ce mode de réparation est celui d'« indemnisation ». Cependant, ce terme est employé aussi bien en cas de responsabilité pour violation d'une obligation internationale que pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international par exemple en cas de nationalisation —, et le Rapporteur spécial a donc bien fait de proposer l'expression « réparation par équivalent ». M. Razafindralambo ne juge pas utile de passer en revue toutes les questions soulevées par cette forme de réparation : la liste qui en est donnée dans le rapport (ibid., par. 22) semble exhaustive et couvre tous les aspects juridiques dignes de considération en l'espèce. Aussi se bornera-t-il à formuler quelques remarques.
- M. Razafindralambo ne se hasardera pas à prendre parti dans la controverse doctrinale relative à l'existence ou à l'inexistence de règles de droit international précises concernant les divers aspects du problème de la réparation par équivalent. Mais comme le Rapporteur spécial le fait observer, si le nombre et la diversité des cas concrets conduisent à exclure l'existence effective de lege lata de règles très détaillées, cela n'exclut pas la possibilité d'élaborer raisonnablement de telles règles (ibid., par. 28 et 29). L'élaboration de ces règles est d'autant plus souhaitable que, comme le Rapporteur spécial l'indique judicieusement, le sujet de la responsabilité des États porte sur des situations juridiques dites « secondaires », situations dans lesquelles n'importe quel État risque de se trouver autant dans la position d'État auteur ou responsable du dommage que dans celle d'État lésé, et que l'un et l'autre peuvent avoir les mêmes intérêts « éventuels » ou « hypothétiques » (ibid., par. 33).
- M. Razafindralambo déclare qu'en ce qui concerne la notion de dommage direct ou indirect, l'étude de la pratique arbitrale et de la doctrine a conduit le Rapporteur spécial à rejeter la distinction entre les deux types de dommage, en faveur du lien de causalité « clair » et « continu », voire « ininterrompu ». Mais le Rapporteur spécial relève que l'on fait aussi intervenir à cet égard les notions de « normalité » et de « prévisibilité » du dommage. Bien que la condition subjective de prévisibilité semble prévaloir dans la pratique judiciaire, le Rapporteur spécial retient encore soit le caractère « immédiat » et « exclusif » du lien de causalité, soit simplement son caractère « exclusif » dès lors que les préjudices causés sont liés « par une série d'événements dont chacun est lié à l'autre de manière exclusive par une relation de cause à effet » (ibid., par. 42). En présence de tant de qualificatifs, sans doute justifiés, il est vrai, par l'indécision de la jurisprudence sur la question de la causalité, l'embarras n'est que naturel, du moins lorsqu'il s'agit d'opérer un choix. M. Razafindralambo se demande si le terme « ininterrompu », retenu par le Rapporteur spécial, ne risque pas d'être entendu au sens de « sans solution de continuité » — ce qui semble difficilement conciliable avec l'idée de la « série d'événements ». Il s'interroge aussi sur le point de savoir s'il conviendrait de laisser au juge le soin d'exiger dans un cas d'espèce la double condition de « normalité » et de

- « prévisibilité », laquelle ne figure pas dans le projet d'article 8. Le Rapporteur spécial semble s'y résigner, en laissant au juge le soin de choisir parmi les causes concomitantes qui ont joué un rôle décisif, mais non exclusif, dans la survenance du préjudice. Il accorde aussi aux arbitres et aux négociateurs diplomatiques un pouvoir discrétionnaire d'appréciation à cet égard. M. Razafindralambo se demande également s'il ne s'agit pas en l'occurrence d'un aveu d'impuissance, peu compatible avec l'objectif de codification du droit.
- 6. S'agissant du comportement de l'État lésé, M. Razafindralambo note que le Rapporteur spécial l'envisage non pas du point de vue de la règle relative à la « négligence ayant contribué au préjudice », ou de l'absence de « la diligence due », mais plutôt comme une application de la règle de la causalité concomitante. Cette position semble de fait correspondre à la thèse qu'il défend à propos de l'incidence de la faute sur l'indemnisation.
- 7. En ce qui concerne le champ d'application de la réparation par équivalent et la notion de préjudice matériel subi par l'État, le rapport contient des explications suffisamment claires et complètes pour se passer de commentaires. En particulier, le Rapporteur spécial s'est livré à une étude fort intéressante de la notion de lucrum cessans, dont il dit avec raison qu'elle est liée à celle de profit et non à celle de dommage indirect. L'analyse de la pratique judiciaire et de la doctrine a conduit le Rapporteur spécial à conclure que le lucrum cessans peut en principe faire l'objet d'une indemnisation par l'effet, en sus de la présomption de causalité entre le fait illicite et le préjudice, de la présomption d'existence de profits pour lesquels des indemnités sont réclamées. Quant aux méthodes d'évaluation du lucrum cessans, il en existe plusieurs, comme l'indique le Rapporteur spécial. L'essentiel est que l'indemnisation corresponde autant que possible au dommage réellement subi. De toute manière, il apparaît difficile d'effectuer un choix qui ne peut que dépendre des circonstances de l'espèce et qui, de ce fait, échappe à toute codification et relève de l'appréciation du juge.
- 8. M. Razafindralambo précise que le Rapporteur spécial consacre une analyse spéciale au cas de l'expropriation d'une entreprise en activité. Pareille expropriation ne saurait, dans le cadre du sujet, qu'être illicite. Il n'est donc pas étonnant que l'évaluation du *lucrum cessans* se fasse alors selon le principe de la réparation intégrale (restitutio in integrum), au sens large issu de l'arrêt rendu dans l'affaire relative à l'Usine de Chorzów (fond) [ibid., par. 72].
- 9. Si la détermination de l'indemnité obéit au principe général de la réparation intégrale du préjudice, il n'en est pas de même pour l'évaluation proprement dite du *lucrum cessans*: plusieurs méthodes peuvent être appliquées, si bien que, comme le rappelle le Rapporteur spécial, un arbitre a pu estimer, avec raison semble-t-il, que c'est là « une question de fait qui doit être évaluée par l'arbitre » (*ibid.*, par. 74). Il ne saurait donc être question d'inclure, dans le projet d'articles, une disposition touchant le mode d'évaluation de l'indemnité et, de fait, le Rapporteur spécial s'est contenté de décrire les principales méthodes d'évaluation utilisées, notamment la méthode de l'actualisation des bénéfices nets.

- 10. M. Razafindralambo n'a aucune observation particulière à formuler à propos des considérations du Rapporteur spécial relatives à l'allocation d'intérêts, à la détermination du dies a quo et du dies ad quem, et à la fixation du taux d'intérêt. Il lui semble cependant que l'allocation d'intérêts est généralement perçue comme étant destinée à indemniser le préjudice supplémentaire résultant, pour la victime, du temps qui s'est écoulé entre la survenance de l'acte dommageable, c'est-à-dire le fait illicite, et le règlement définitif de l'indemnité. Dans cette hypothèse, les intérêts portent sur l'ensemble de l'indemnité due, sans qu'une distinction soit établie entre le damnum emergens et le lucrum cessans, et les intérêts courent à compter de la date du dommage, de la date de la réclamation ou de la date de la sentence. Il n'est pas rare que de tels intérêts soient calculés sur l'ensemble de l'indemnité retenue, y compris, en cas d'expropriation illicite, celle destinée à compenser la perte de bénéfices, comme dans l'affaire Benvenuti et Bonfant S.A.R.L. c. Gouvernement de la République populaire du Congo (1980). Mais le Rapporteur spécial semble insister plus particulièrement sur le cas de la créance d'une somme d'argent, par exemple un capital, et le fait que l'allocation d'intérêts sert, dans cette hypothèse, à compenser le manque à gagner résultant de l'indisponibilité de ce capital. C'est cette hypothèse qui, semble-t-il, fait l'objet du projet d'article 9. Pour cette raison, le Rapporteur spécial paraît avoir opté, en ce qui concerne le dies a quo, pour une solution différente de l'un des trois points de départ retenus par la pratique en ce qui concerne les intérêts. M. Razafindralambo avoue éprouver des difficultés à bien saisir la portée de la formule retenue à cet égard par le Rapporteur spécial.
- 11. En ce qui concerne le taux d'intérêt, M. Raza-findralambo est enclin à faire sienne l'opinion de Subilia (*ibid.*, par. 97), qui estime utile de se référer au taux prêteur fixé chaque année par la Banque mondiale, car ce taux a le mérite d'être accepté pratiquement par tous les États. Il est à noter, cependant, que le Rapporteur spécial, à juste titre semble-t-il, n'a pas cru devoir mentionner le taux d'intérêt retenu dans le projet d'article 9.
- Le chapitre III du rapport traite de la satisfaction comme mode de réparation spécifique. Étant donné la nature morale et politique de cette forme de réparation, le Rapporteur spécial s'est attaché à procéder à une analyse magistrale et exhaustive de la doctrine, de la jurisprudence internationale et de la pratique diplomatique. Il résulte de cette analyse que la satisfaction revêt indubitablement un caractère punitif et exemplaire (exemplary, punitive et vindictive en anglais) et qu'elle se distingue nettement des modes de réparation compensatoire comme la restitution et la réparation par équivalent. Pour reprendre le terme abondamment utilisé par le Rapporteur spécial, la satisfaction a un caractère « afflictif » ou pénal. C'est, semble-t-il, à Morelli que le Rapporteur spécial a emprunté le qualificatif « afflictif » (ibid., par. 144 in fine). Si son sens est étymologiquement clair, son emploi est pour le moins sujet à caution. Ce mot, employé habituellement dans l'expression du droit pénal français « peines afflictives et infamantes », signifie, selon le dictionnaire Robert, « qui frappe le criminel dans son corps, sa vie ». Le caractère afflictif se traduit donc par une souffrance, ou une gêne de nature physique et, à cet égard, pourrait s'appliquer à toutes les peines privati-

- ves de liberté. Mais la peine afflictive ne peut s'appliquer qu'à une personne physique. L'emploi du mot « afflictif » serait donc, en l'occurrence, impropre. Cela étant, bien que, pour le juriste de droit romain, l'emploi du mot « afflictif » risque de créer une certaine confusion et que l'adjectif « punitif » paraisse largement suffire, M. Razafindralambo pourrait, pour sa part, admettre que le mot « afflictif » soit pris dans un sens figuré et placé systématiquement entre guillemets. Quoi qu'il en soit, il convient avec le Rapporteur spécial que la satisfaction mérite de faire l'objet d'un traitement spécifique dans la partie du projet d'articles relative aux conséquences juridiques découlant du fait internationalement illicite.
- 13. M. Razafindralambo note qu'au chapitre V le Rapporteur spécial s'est livré à une analyse tout aussi bien documentée et concluante sur la nécessité d'inclure, parmi les conséquences d'un fait internationalement illicite, des garanties visant à empêcher le renouvellement de celui-ci. Parmi les types de garanties qui peuvent être demandées, il a cité les demandes explicites formulées par des organismes internationaux et tendant à modifier la législation existante ou à en adopter une nouvelle, et dans sa présentation orale, il s'est référé à l'affaire du « Rainbow Warrior ». Il a aussi cité à cet égard la procédure de plainte prévue dans le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Mais il s'agit, dans ce cas, de plaintes émanant de particuliers. Il y a, en revanche, un exemple plus pertinent : celui de la procédure prévue aux articles 26 à 34 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail, relative aux plaintes déposées par un Etat membre contre un autre État membre. Cette procédure comporte la création de commissions d'enquête dont les conclusions peuvent revêtir la force obligatoire de recommandations de la Conférence internationale du Travail elle-même et viser à la modification des législations ou des pratiques incriminées, ou à l'adoption de mesures tendant à remédier à certaines situations irrégulières. A titre d'exemple, M. Razafindralambo relève la plainte déposée par la France contre le Gouvernement panaméen au sujet de l'application de certaines conventions maritimes. Il semble donc tout à fait indiqué d'accorder aux garanties de non-répétition un rôle autonome par rapport aux autres formes de réparation.
- Au chapitre V encore, le Rapporteur spécial étudie le problème de l'attribution d'une faute à un État et explique sa position à ce sujet. Il soutient toût d'abord que la Commission n'a pas, dans la première partie du projet d'articles, « exclu » la faute des éléments constitutifs du fait internationalement illicite; à l'appui de cette assertion, le Rapporteur spécial cite l'article 31 (Force majeure et cas fortuit) qui, selon lui, contient une référence implicite à la faute. Il paraît difficile de souscrire sans réserve à cette interprétation. En effet, la force majeure et le cas fortuit sont des notions qui supposent l'absence de toute « faute » et également, de l'avis de M. Razafindralambo, l'absence de violation d'une obligation génératrice de responsabilité. Elles peuvent trouver leur place dans le système de « responsabilité objective » fondée sur un « acte internationalement illicite ». A ce propos, le Rapporteur spécial a procédé à une analyse claire et concise des mérites respectifs de la « théorie de la faute » et de la « théorie objective », et donné une in-

terprétation originale de l'attribution d'un comportement à un Etat : il s'agirait d'une simple opération menée par l'interprète du droit — jurisconsulte du ministère des affaires étrangères ou juge international. Le Rapporteur spécial semble se borner, sur ce point, à décrire l'opération intellectuelle à laquelle se livre normalement l'interprète du droit confronté à un cas d'espèce, et à constater le résultat de cette opération sans s'interroger sur le fondement de la responsabilité en cause. Or, comme on l'a souligné dans l'étude établie par le Secrétariat, intitulée « Force majeure » et « cas fortuit » en tant que circonstances excluant l'illicéité : pratique des Etats, jurisprudence internationale et doctrine », la notion d'« acte internationalement illicite », avec ses deux éléments (subjectif et objectif), est universellement acceptée comme point de départ des règles du droit international régissant la responsabilité des États pour les torts causés au plan international, et ce aussi bien par les défenseurs de la théorie de la faute subjective que par les partisans de la « responsabilité objective »<sup>5</sup>. M. Razafindralambo croit qu'il n'y a donc pas lieu d'examiner à ce stade la question de savoir si et dans quelle mesure il convient de tenir compte de l'élément de faute dans la définition de l'acte internationalement illicite. Il lui semble que ce que la Commission doit déterminer, c'est l'incidence de l'élément de faute sur les modes et les degrés de réparation. À cet égard, la pertinence d'un tel élément sur la réparation est, comme on l'a souligné dans l'étude susmentionnée, reconnue par de nombreux auteurs, y compris les tenants de la responsabilité « objective ». Le Rapporteur spécial relève encore quelques exemples concrets et significatifs, qui attestent la prise en considération, au moins implicite, par la jurisprudence internationale de l'incidence de l'élément dit « subjectif » d'un fait internationalement illicite sur la réparation pécuniaire.

- 15. M. Razafindralambo souscrit sans réserve à la conclusion que tire le Rapporteur spécial de l'étude de la jurisprudence et de la pratique diplomatique, et qui confirme l'opinion de nombreux auteurs, à savoir que l'élément dit « subjectif » représenté par la faute, mineure ou majeure, a beaucoup compté en ce qui concerne à la fois l'entrée en jeu de la satisfaction et la qualité et le nombre des formes de satisfaction réclamées (*ibid.*, par. 188).
- 16. Par ailleurs, M. Razafindralambo pense qu'il serait intéressant de répondre à la question posée par le Rapporteur spécial (*ibid.*, par. 190), qui est de savoir si et jusqu'à quel point, d'après la jurisprudence, la faute d'un agent subalterne de l'État est une faute de l'État luimême, ou si la jurisprudence fait reposer la responsabilité de l'État sur un fondement purement objectif. Mais à vrai dire, le problème semble revêtir un intérêt plutôt théorique, dans la mesure où la Commission, comme M. Razafindralambo l'espère et comme le Rapporteur spécial l'invite à le faire, optera, ne fût-ce qu'aux fins du développement progressif du droit international, pour une certaine prise en considération de l'élément dit « subjectif » en ce qui concerne tant la réparation pécuniaire que l'entrée en jeu de la satisfaction.

- 17. Passant aux projets d'articles proposés, M. Razafindralambo dit qu'il juge préférable la variante A du paragraphe 1 du projet d'article 8 (Réparation par équivalent), car la variante B, qui vise à la fois la situation préexistante non rétablie par la restitution en nature et tout dommage non couvert par celle-ci, est redondante. Le paragraphe 2 ne suscite aucune objection de sa part. Par contre, il aurait aimé que le paragraphe 3 spécifie le caractère direct, normal et raisonnable du manque à gagner. Le paragraphe 4 complète, semble-t-il, le paragraphe précédent pour ce qui est du lien de causalité, mais il s'agit, en l'occurrence, d'un lien de causalité ininterrompu. Le Rapporteur spécial n'estime donc pas utile de se référer aux notions de normalité et de prévisibilité, ce qui risque de donner au paragraphe une portée un peu trop générale. Le paragraphe 5 vise notamment la négligence de l'État lésé. Sans se prononcer sur le contenu de la notion de négligence, considérée par les uns comme une forme de faute subjective, et par les autres comme étant liée à l'inobservation d'une obligation internationale de vigilance, M. Razafindralambo se demande pourquoi le Rapporteur spécial a fait l'impasse, dans le paragraphe 5, sur les circonstances aggravantes du fait internationalement illicite, susceptibles d'augmenter l'indemnité.
- 18. Le projet d'article 9 (Intérêts) ne vise que les intérêts destinés à indemniser le manque à gagner. Pourquoi le Rapporteur spécial n'a-t-il pas jugé utile de prévoir une disposition plus générale, en vertu de laquelle des intérêts peuvent être dus pour indemniser le préjudice supplémentaire résultant du temps qui s'est écoulé entre l'acte dommageable et le règlement définitif? Dans le cadre restreint du lucrum cessans, le dies a quo proposé par le Rapporteur spécial, au paragraphe 1, apparaît différent des trois solutions dont il est question dans le rapport (ibid., par. 82 et suiv.) et qui sont considérées comme celles généralement adoptées par la pratique nationale et internationale. La formule proposée au paragraphe 2, concernant les intérêts composés, qui pourrait rester valable dans l'optique d'une disposition générale sur les intérêts, serait plus claire si la deuxième partie de la phrase constituait un alinéa initial distinct, ainsi conçu : « Le taux d'intérêt appliqué est celui qui convient le mieux pour obtenir une indemnisation intégrale ». Suivrait un deuxième alinéa, se lisant comme suit : « Des intérêts composés sont accordés à cette fin ».
- 19. Vu les formes variées et multiples que revêt la satisfaction, M. Razafindralambo estime que la liste dressée à la fin du paragraphe 1 du projet d'article 10 (Satisfaction et garanties de non-répétition) devrait être purement indicative, l'adverbe « notamment » étant inséré après les mots « satisfaction adéquate ». Dans le même ordre d'idées, la forme de satisfaction prévue au paragraphe 3 devrait faire l'objet d'une disposition qui suivrait immédiatement le paragraphe 1.
- 20. M. CALERO RODRIGUES s'arrête tout d'abord sur un point de vocabulaire : au tout premier paragraphe de son deuxième rapport (A/CN.4/425 et Add.1), le Rapporteur spécial annonce qu'il traitera des « conséquences de fond des faits internationalement illicites ». Or, dans son rapport préliminaire (A/CN.4/416 et Add.1, par. 20), il proposait un plan de travail prévoyant, pour la deuxième partie du projet, un chapitre II intitulé « Conséquences juridiques découlant d'un délit international »

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Annuaire... 1978, vol. II (1<sup>re</sup> partie), p. 197, doc. A/CN.4/315, par. 511,

qui comporterait une section 1 intitulée « Droits fondamentaux de l'État lésé... ». Dans ce dernier cas, l'adjectif substantive, en anglais, semble n'avoir d'autre fin que de différencier ces droits des droits de l'État en matière de procédure, c'est-à-dire des « mesures auxquelles [il] peut recourir pour obtenir la cessation de l'infraction... », qui font l'objet de la section 2. M. Calero Rodrigues ne sait pas si l'adjectif substantive est employé au paragraphe 1 du deuxième rapport avec la même intention restrictive, mais cela a au moins le mérite d'attirer l'attention sur une distinction qui pourrait avoir son importance lorsque la Commission détaillera les conséquences d'un fait internationalement illicite dans la deuxième partie du projet d'articles.

- 21. Selon M. Calero Rodrigues, on peut dire de toutes les conséquences envisagées par la Commission que ce sont des conséquences juridiques, puisqu'elles résultent du fonctionnement de règles juridiques. Mais en poussant les choses un peu plus loin, on peut appeler ainsi les conséquences qui jouent uniquement sur le plan juridique. S'il faut rétablir une situation juridique, il faut restaurer des rapports juridiques. Dans certains cas, cependant, le fait internationalement illicite peut causer un dommage matériel que le simple rétablissement de la situation juridique antérieure ne suffit pas à réparer. On peut dire que les obligations créées en pareil cas sont des conséquences de fond, différentes donc des conséquences juridiques stricto sensu.
- M. Calero Rodrigues note que les conséquences d'un fait internationalement illicite, énumérées par le Rapporteur spécial, comprennent la cessation, la restitution en nature, la réparation par équivalent et la satisfaction, y compris les garanties de non-répétition. La première conséquence n'existe que sur le plan juridique : c'est une conséquence juridique stricto sensu. La deuxième joue à la fois sur le plan juridique et sur le plan matériel : elle est donc en partie une conséquence juridique et en partie une conséquence de fond. Les deux dernières ne visent pas à modifier une situation juridique, et jouent sur le plan matériel seulement dans le cas de la réparation par équivalent, et sur le plan moral dans celui de la satisfaction. Cette distinction devrait contribuer à dissiper les doutes que semble entretenir le Rapporteur spécial. Dans son rapport préliminaire, ce dernier constatait que « la restitution en nature ne constitue pas toujours nécessairement, in concreto, le mode de réparation adéquat, complet et autosuffisant d'un fait internationalement illicite » (ibid., par. 117). Autrement dit, si la restitution en nature est indispensable pour rétablir la situation sur le plan juridique, elle peut ne pas suffire si l'on quitte ce plan. Aussi le Rapporteur spécial déclaret-il dans son deuxième rapport que « la réparation par équivalent, ou indemnisation, est la forme de réparation le plus souvent recherchée à la suite d'un fait internationalement illicite » (A/CN.4/425 et Add.1, par. 2). En tant que conséquence juridique stricto sensu, la restitution est irremplaçable. En tant que conséquence de fond, la réparation par équivalent peut être plus efficace.
- 23. Le Rapporteur spécial s'appuie sur de nombreux auteurs pour faire valoir la fonction d'indemnisation que joue essentiellement la réparation par équivalent. On pourrait même soutenir qu'elle ne devrait avoir que cette fonction. Elle doit, comme il est dit dans le deuxième rapport, tendre « à réparer le préjudice « matériel » subi

par l'État lésé qui n'a pas encore été et ne peut être réparé par la restitution en nature » (ibid., par. 52). À ce propos, en ce qui concerne les explications que donne le Rapporteur spécial sur les termes employés au paragraphe 3 et dans la note 4 du deuxième rapport, M. Calero Rodrigues estime que la Commission devrait réserver le mot damage (« dommage ») aux conséquences matérielles ou morales, et le mot injury (« préjudice ») aux conséquences juridiques. Mais la question qui se pose est de savoir comment déterminer les dommages qui sont indemnisables. Les deux éléments traditionnellement invoqués ne semblent pas très utiles. Le premier est la distinction entre dommage direct et dommage indirect, laquelle, bien qu'en usage depuis longtemps, semble soulever plus de problèmes qu'elle n'en résout. Le second est la notion de « prévisibilité », critère que le Rapporteur spécial semble accepter et qui, selon lui, « prévaut dans la pratique judiciaire » : il en trouve un « exemple clair » dans l'affaire des Colonies portugaises (incident de Naulilaa) [ibid., par. 38]. Mais c'est justement un cas controversé, comme le montrent les sources citées par le Rapporteur spécial lui-même. Au demeurant, la notion de prévisibilité ajoute un élément de subjectivité qu'il conviendrait d'éviter. Le Rapporteur spécial n'en fait d'ailleurs plus mention dans son résumé sur le critère du lien de causalité (ibid., par. 42). Quant aux « causes concomitantes », considérées du point de vue de l'indemnisation, elles ne devraient ouvrir droit qu'à des dommages-intérêts partiels, à raison de leur efficacité relative.

- 24. M. Calero Rodrigues observe que ces notions, inhérentes au principe de l'indemnisation, sont consacrées aux paragraphes 4 et 5 du projet d'article 8. Si leur libellé laisse peut-être encore à désirer, ces dispositions lui paraissent tout à fait acceptables quant au fond, car elles établissent les rapports entre l'État auteur de l'acte illicite et l'État qui a subi un dommage en conséquence de cet acte.
- 25. M. Calero Rodrigues constate que, dans ses autres paragraphes, l'article 8 vise à indiquer les cas dans lesquels une réparation par équivalent doit intervenir, la nature du dommage indemnisable, et enfin la nature de l'indemnisation. Le premier point fait l'objet du paragraphe 1, pour lequel le Rapporteur spécial propose deux variantes, qui ne semblent différer que par leur libellé. M. Calero Rodrigues préfère la variante A, parce qu'elle est plus courte, encore que sa formulation appelle quelques corrections.
- Le paragraphe 2 de l'article 8 stipule que l'indemnisation doit couvrir « tout dommage susceptible d'évaluation économique causé à l'État lésé... y compris tout dommage moral subi par des ressortissants de l'État lésé ». En précisant que le dommage à réparer doit être « susceptible d'évaluation économique », cette disposition n'a sans doute pas pour but de donner aux tribunaux des instructions quant à la manière d'évaluer le dommage. Elle vise simplement à poser un principe évident, mais fondamental : pour être indemnisé sous forme pécuniaire, le dommage doit pouvoir être évalué en termes économiques. Qu'en est-il alors du « dommage moral » ? Dans son rapport, le Rapporteur spécial déclare que « la pratique et la doctrine en droit international montrent que le préjudice moral (ou extrapatrimonial) résultant pour les particuliers d'un fait internationale-

ment illicite doit être indemnisé en tant que partie intégrante du préjudice principal subi par l'État lésé » (ibid., par. 9), et il renvoie notamment aux affaires du « Lusitania » (ibid., par. 10) et des Héritiers de Jean Maninat (ibid., par. 12). Mais pour M. Calero Rodrigues, il s'agit là d'affaires exceptionnelles. On a, en fait, plus souvent tendance à évaluer le dommage extrapatrimonial sous ses aspects ou selon ses conséquences économiques ou matériels, à partir desquels on peut calculer une indemnisation. C'est bien ce qui s'est passé dans l'affaire du Détroit de Corfou (ibid., par. 57) et dans celle du « Lusitania » (ibid., par. 56). En cas de décès, de lésion corporelle, de détention, etc., il est relativement facile d'évaluer financièrement le dommage à indemniser. Mais c'est pratiquement impossible en cas de souffrance morale, lorsqu'il s'agit, par exemple, d'humiliation, de honte ou d'outrage. Cela ne signifie pas que la personne ainsi lésée ne doit pas demander satisfaction (au sens général indiqué au paragraphe 18 du rapport), mais en considérant une telle satisfaction comme une réparation par équivalent, on enfreint le principe selon lequel la réparation par équivalent a exclusivement une fonction d'indemnisation.

- C'est pourquoi M. Calero Rodrigues ne peut souscrire à la proposition contenue dans le paragraphe 2 de l'article 8, aux termes de laquelle l'indemnisation couvre « tout dommage susceptible d'évaluation économique... y compris tout dommage moral subi par des ressortissants de l'État lésé ». Il faudrait dire soit « ... tout dommage susceptible d'évaluation économique, causé à l'État lésé ou à ses ressortissants », soit « ... tout dommage matériel causé à l'État lésé ou à ses ressortissants ». La notion de « dommage moral subi par des ressortissants de l'État lésé » devrait être, sous une forme ou sous une autre, transférée dans le projet d'article 10, qui est consacré à la satisfaction et qui mentionne les « dommages-intérêts symboliques ou punitifs » (par. 1). Comme le dit le Rapporteur spécial lui-même, en s'appuyant sur plusieurs exemples, « en ce qui concerne le dommage moral causé aux personnes physiques, il n'est pas rare de trouver dans la jurisprudence internationale des cas où des arbitres ont expressément qualifié de « satisfaction » et non de « réparation pécuniaire » l'octroi d'une somme en réparation d'un dommage de ce type » (A/CN.4/425 et Add.1, par. 17). Si l'on élimine donc du paragraphe 2 de l'article 8 la référence au « dommage moral subi par des ressortissants de l'État lésé », il ne reste plus que l'obligation d'indemniser le dommage matériel ou « susceptible d'évaluation économique », ce qui est la fonction essentielle de la réparation par équivalent.
- 28. Cependant, M. Calero Rodrigues estime qu'il faut développer encore la notion de dommage matériel. C'est ce que font le paragraphe 3 de l'article 8, puis l'article 9. Le paragraphe 3 de l'article 8 porte sur la question générale du damnum emergens et du lucrum cessans. Elle est magistralement traitée aux paragraphes 63 à 76 du rapport, qui font honneur au Rapporteur spécial et à la Commission. C'est précisément la qualité de cette analyse qui fait pâlir le paragraphe 3 de l'article 8, laissant M. Calero Rodrigues insatisfait, sans qu'il puisse formuler de reproche particulier.
- 29. Le projet d'article 9 suscite des doutes beaucoup plus fondés. Le Rapporteur spécial a consacré une partie

considérable de son rapport à la question des intérêts. Le principe même ne semble guère faire de doute. Comme le Rapporteur spécial l'indique dans son rapport, « les auteurs s'accordent, semble-t-il, pour estimer que le paiement d'intérêts sur le montant de l'indemnité due pour le dommage principal n'est pas moins obligatoire en droit international qu'en droit interne » (ibid., par. 77); plus loin, il ajoute que « la pratique internationale semble favorable à l'allocation d'intérêts s'ajoutant au principal de l'indemnité » (*ibid.*, par. 80). C'est bien ce que consacre l'article 9 en son paragraphe 1, pour chercher ensuite à régler deux questions controversées : celle du dies a quo et du dies ad quem des intérêts et celle des intérêts composés. Après avoir passé en revue diverses décisions et analyses doctrinales, le Rapporteur spécial est arrivé à la conclusion que le dies a quo doit être la date du dommage, et le dies ad quem celle du paiement effectif de l'indemnité (ibid., par. 92 et 94). Si le dies ad quem est clairement indiqué à l'alinéa b du paragraphe 1 de l'article 9, la définition du dies a quo, à l'alinéa a, est beaucoup moins claire.

- Pour ce qui est des intérêts composés, le paragraphe 2 de l'article 9 indique qu'ils sont accordés « en tant que de besoin en vue d'assurer une indemnisation intégrale » et que « le taux d'intérêt appliqué est celui qui convient le mieux pour obtenir ce résultat ». Cette façon de présenter les choses ne sera guère utile aux États et aux tribunaux, si ce n'est qu'elle leur indique qu'il n'est pas exclu de prévoir l'octroi d'intérêts composés dans une sentence. M. Calero Rodrigues rappelle que, dans la section A.3 du chapitre II du rapport (ibid., par. 26 et suiv.), le Rapporteur spécial passe en revue les problèmes que soulève la détermination des règles du droit international général applicables à la réparation par équivalent, et examine le rôle que la CDI peut jouer dans la codification de ces règles et dans le développement progressif du droit international grâce au présent projet d'articles. On peut le suivre dans son optimisme, mais avec prudence. Ainsi, les dispositions relatives aux intérêts ne sont-elles pas trop détaillées pour figurer dans le projet, même si certaines d'entre elles — le paragraphe 2 de l'article 9, notamment — ne fixent pas de règles très précises ? Peut-être le paragraphe 3 de l'article 8 celui-là même qui inspire quelques réticences à M. Calero Rodrigues — pourrait-il être reformulé de manière à mentionner la question des intérêts. En ce cas, l'article 9 pourrait être purement et simplement supprimé.
- 31. Pour conclure, M. Calero Rodrigues dit qu'il consacrera la suite de son analyse au projet d'article 10, sur la satisfaction et les garanties de non-répétition. Il se propose de reprendre son exposé à une séance ultérieure.
- 32. M. JACOVIDES déclare que, tout en appartenant à la branche du droit international classique et bien que solidement établi sur une pratique et une jurisprudence abondantes, le sujet de la responsabilité des États est toujours plus d'actualité. Il est donc d'autant plus important de s'attacher à son examen afin de le mener au plus tôt à son terme.
- 33. M. Jacovides souhaiterait tout d'abord faire deux observations d'ordre général. Premièrement, une fois que la Commission aura achevé ses travaux sur le sujet, bien des problèmes rencontrés dans l'élaboration du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et du projet d'articles sur la responsabilité in-

ternationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international auront été réglés ou seront envisagés alors sous un autre jour: C'est donc là une raison supplémentaire de progresser plus rapidement dans la présente étude.

- 34. Deuxièmement, le temps n'est plus où la responsabilité des États était axée sur le dommage causé à des étrangers et répondait aux exigences d'un petit nombre d'États développés et puissants, souvent au détriment d'États plus faibles et moins développés. Grâce au développement et à l'acceptation de la notion de jus cogens dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, et grâce à l'existence de règles hiérarchiquement supérieures, énoncées dans la Charte des Nations Unies, le sujet de la responsabilité des États repose actuellement sur une assise beaucoup plus large. Qui plus est, la CIJ reconnaît, elle aussi, qu'il existe des obligations erga omnes et que l'intérêt de l'ensemble de la communauté internationale doit être dûment pris en compte. Le sujet à l'examen est donc une illustration du développement progressif du droit international.
- Pour M. Jacovides, la Commission doit veiller à ne pas décevoir l'attente de la communauté internationale et, en particulier, des nouveaux États apparus après qu'eurent été formulées les règles classiques du droit international en la matière. Elle ne doit pas se laisser dépasser par l'évolution actuelle des idées en droit international, sur les crimes internationaux par exemple, ni par l'évolution de la situation internationale, et elle ne doit pas manquer non plus de saisir les occasions que lui offre le revirement positif des grandes puissances qui en sont venues à accepter la notion de règlement obligatoire des différends par des tiers. Cette procédure rapide et efficace, qui, du fait des réalités politiques, échappait naguère à la communauté internationale des juristes dans des domaines comme le droit des traités et le droit de la mer, est dorénavant à portée de la main. La Commission devrait s'efforcer de l'inclure dans la troisième partie du présent projet d'articles, consacrée à la mise en œuvre de la responsabilité et au règlement des différends, voire dans le corps même du projet de convention.
- 36. Aux précédents projets d'articles, sur la cessation d'un fait internationalement illicite à caractère continu (art. 6) et sur la restitution en nature (art. 7) M. Jacovides souscrit ici sans réserve à l'idée d'accorder la priorité au rétablissement d'une situation par la restitution en nature, chaque fois que la restitution est pratiquement et juridiquement possible et, de fait, indispensable s'il y a eu violation du jus cogens —, le Rapporteur spécial a ajouté, dans son deuxième rapport (A/CN.4/425 et Add.1), trois projets d'articles accompagnés d'une documentation fort riche qu'il a très bien analysée.
- 37. S'agissant du projet d'article 8, sur la réparation par équivalent, M. Jacovides opte pour la variante A proposée pour le paragraphe 1. Les questions en jeu dans les articles proposés ont donné lieu à un débat intéressant et, à certains égards, animé. Ainsi, M. Graefrath (2168<sup>e</sup> séance) a avancé des faits et des chiffres, qui incitent à la réflexion, pour illustrer les difficultés suscitées par l'emploi des mots « dommage susceptible d'évaluation économique », au paragraphe 2 de l'article 8. Il a également plaidé de façon convaincante contre l'idée d'inclure, dans le projet d'article 10, la notion de

« dommages-intérêts punitifs » qui, bien que reposant sur la pratique dans le passé, n'a peut-être pas sa place en droit contemporain. Cet exemple illustre l'observation que M. Jacovides a faite, au début de son intervention, sur le rapport entre le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et la responsabilité des États. L'élément punitif et, par conséquent, les dommages-intérêts punitifs relèveraient davantage du projet de code, dans le cas d'un crime international, que de la réparation ou de la satisfaction envisagées dans le cadre de la responsabilité des États.

38. Enfin, M. Jacovides se réserve le droit de faire de nouvelles observations à un stade ultérieur du débat.

La séance est levée à 11 h 20 pour permettre au Comité de rédaction de se réunir.

#### 2170<sup>e</sup> SÉANCE

Jeudi 7 juin 1990, à 10 heures

Président : M. Jiuyong SHI

Présents: M. Al-Khasawneh, M. Arangio-Ruiz, M. Barboza, M. Barsegov, M. Beesley, M. Bennouna, M. Calero Rodrigues, M. Eiriksson, M. Francis, M. Graefrath, M. Hayes, M. Illueca, M. Jacovides, M. Koroma, M. Mahiou, M. Njenga, M. Ogiso, M. Pawlak, M. Pellet, M. Razafindralambo, M. Roucounas, M. Solari Tudela, M. Thiam, M. Tomuschat.

Responsabilité des États (suite) [A/CN.4/416 et Add.1<sup>1</sup>, A/CN.4/425 et Add.1<sup>2</sup>, A/CN.4/L.443, sect. C]

[Point 3 de l'ordre du jour]

Deuxième partie du projet d'articles<sup>3</sup>
DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

ARTICLE 8 (Réparation par équivalent) ARTICLE 9 (Intérêts) *et* 

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Reproduit dans Annuaire... 1988, vol. II (1<sup>re</sup> partie).

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Reproduit dans *Annuaire*... 1989, vol. II (1<sup>re</sup> partie).

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> La première partie du projet d'articles (Origine de la responsabilité internationale), dont les articles 1 à 35 ont été adoptés en première lecture, figure dans *Annuaire...* 1980, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 29 et suiv.

Les articles 1 à 5 de la deuxième partie du projet (Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale), adoptés provisoirement par la Commission à ses trente-cinquième et trente-septième sessions, figurent dans Annuaire... 1985, vol. II (2<sup>c</sup> partie), p. 24. Pour le texte des autres articles de la deuxième partie du projet — articles 6 à 16 —, que la Commission a renvoyés au Comité de rédaction à ses trente-sixième et trente-septième sessions, *ibid.*, p. 20, note 66. Pour le texte des nouveaux articles 6 et 7 de la deuxième partie, renvoyés au Comité de rédaction à la quarante et unième session, voir Annuaire... 1989, vol. II (2<sup>c</sup> partie), p. 79 et 80, par. 229 et 230.