

OPINION DISSIDENTE DU D^r B. EČER, JUGE « AD HOC »

Je m'associe à la déclaration de M. Krylov pour les raisons suivantes :

I. Interprétation de l'article 53 du Statut

L'arrêt donne une interprétation de l'article 53 du Statut. L'idée directrice de cette interprétation est, à mon avis, celle-ci : le défaut du défendeur — et l'Albanie est la partie défenderesse dans la phase actuelle de l'affaire — ne peut pas être considéré comme une reconnaissance de la demande et des faits allégués par le demandeur. Donc la Cour est obligée aux termes de l'article 53 d'examiner les allégations du demandeur et de s'assurer que les conclusions de la demande sont fondées en fait et en droit. Mais la Cour a, dans ce cas-là, une responsabilité pour ainsi dire « diminuée ». Elle n'est pas obligée d'examiner les faits allégués par le demandeur avec la même précision qu'en cas d'une contestation par le défendeur. Mais je ne peux pas accepter cette interprétation de l'article 53. Tout d'abord, dans le cas d'espèce, la Cour n'est pas en face d'un défaut pur et simple, visé à l'article 53 en première place : le défendeur, après avoir reçu copie de la demande (le Mémoire), ne répond pas. De plus, convoqué à l'audience publique, il ne comparait pas ou il comparait mais reste muet. L'Albanie n'a rien fait de la sorte, au contraire. Elle a contesté, au cours de la procédure écrite et orale, la demande britannique aussi bien quant au fait que quant au droit. Elle n'a pas participé à la phase actuelle de l'affaire pour une raison juridique reconnue même par la minorité des 6 juges. La phase actuelle de l'affaire n'est pas une nouvelle affaire, visée, à mon avis, en premier lieu par l'article 53, mais la phase finale d'une affaire qui doit être considérée comme un ensemble, de la date de la requête — ou au moins de celle du dépôt du compromis — jusqu'à l'arrêt final.

La Cour est donc, dans le cas d'espèce, en face d'une situation un peu différente de celle visée par l'article 53. Donc, l'interprétation de l'article 53, dans le cas d'espèce, ne peut être la même qu'au cas d'un défaut pur et simple.

Les mots de l'article 53 « La Cour doit s'assurer » sont clairs. « S'assurer » n'est qu'un synonyme de la « conviction intime » d'un juge. Les moyens sont indiqués même dans les Règles : documents, témoins, experts, etc. Ensemble, c'est la « preuve judiciaire ». Une interprétation me semble superflue. La seule « sanction » qui frappe le défendeur en défaut, d'après l'article 53 du Statut, est celle-ci : la tâche de la Cour se limite à l'examen et à l'adjudication des conclusions au demandeur —

si elles sont fondées en fait et en droit. Donc, la tâche de la Cour est allégée seulement dans le sens qu'elle n'examine pas les conclusions du défendeur. C'est tout. Mais la Cour est obligée d'examiner les allégations (conclusions) du demandeur exactement avec le même soin et la même précision que le défendeur ait comparu ou non.

2. La règle *non ultra petita*

Cette règle générale du droit dans le sens de l'article 38, pose un problème procédural. Après avoir constaté que le montant de l'indemnité réclamé par la Grande-Bretagne pour la perte du *Saumarez* sur la base de la valeur en 1946 est quelque peu inférieur au montant fixé pour le même dommage par les experts, l'arrêt tient pour justifié le montant réclamé par le Gouvernement du Royaume-Uni pour la raison *non ultra petita*. Donc un problème se pose : à savoir si cette règle peut influencer le choix de la base du calcul (1943-1946-1949) ou non. A mon avis, la règle *non ultra petita* ne peut pas influencer la Cour dans cette question. Si la Cour, en déterminant la valeur de remplacement du *Saumarez*, doit se placer au moment de l'acte illicite ou au moment de l'allocation de la réparation (moment de la décision), ce problème ne peut pas être résolu à l'aide de cette règle. La Cour doit, à mon avis, sans aucun égard à cette règle, décider d'abord par un raisonnement juridique, non mathématique, quelle base est fondée en droit. Et si le chiffre calculé sur cette base dépasse le montant réclamé, la Cour doit limiter l'adjudication d'après la règle *non ultra petita*.

3. Les motifs de l'arrêt

A mon avis, l'arrêt ne prévoit pas de motifs suffisants en ce qui concerne l'étendue et le calcul des réparations pour la perte du *Saumarez* et pour les dommages causés au *Volage*. L'arrêt compare les chiffres britanniques et ceux des experts et se décide pour les chiffres britanniques. Tout d'abord, l'arrêt ne donne presque aucune appréciation des nombreux documents britanniques reçus comme preuve en ce qui concerne ces dommages. A mon avis, il fallait dire quelque chose sur leur force probante. Ensuite, l'arrêt ne soumet pas à un examen de la même nature l'expertise. La Cour n'est pas liée d'après une règle de droit de procédure vraiment générale par l'avis des experts. Elle peut le rejeter ou l'accepter, mais toujours par une décision suffisamment motivée. C'était d'autant plus nécessaire que l'Albanie a fait savoir à la Cour qu'elle avait des observations à présenter sur le rapport des experts et que même la Grande-Bretagne a fait savoir à la Cour qu'elle a des observations, mais qu'elle ne désire pas les faire valoir.

4. L'étendue des réparations réclamées

C'est un problème du droit de fond. Il devrait être examiné, à mon avis, moins laconiquement vu l'importance de l'affaire. Il ne fallait, à mon avis, que quelques mots sur les éléments juridiques qui déterminent l'étendue des réparations :

a) L'Arrêt du 9 avril 1949 a établi que de « graves omissions » engageaient la responsabilité des autorités albanaises (p. 23). Quant aux conséquences, elles étaient certainement graves. Mais une omission qui engage la responsabilité de l'État doit être une omission fautive.

Mais quel était le degré de la faute ? *Dolus, culpa lata, culpa levis* ? Les mots « omissions graves » semblent éliminer la *culpa levis*. Mais, à mon avis, il serait dans l'intérêt de l'arrêt qu'il soit plus précis sur ce point. La constatation du degré de la faute (p. e. *culpa lata*) constituerait un motif juridique pour la décision concernant le *damnum emergens* (le dommage positif — *out-of-pocket loss*). Donc, il serait utile de dire quelques mots sur le problème du rapport de proportionnalité entre le degré de la faute et l'étendue de la réparation.

b) Enfin, la valeur juridique de l'arrêt *serait renforcée* par quelques considérations, même très courtes, sur le rapport de causalité adéquate comme un des éléments juridiques déterminant l'étendue des réparations. Il serait utile, même à mon avis nécessaire, de constater quelles réclamations britanniques constituent la réclamation du *damnum emergens*, — notion qui correspond *grosso modo* aux notions : conséquences « directes » ou « nécessaires » ou « inévitables » ou (en anglais) « *proximate* », employées dans de nombreuses décisions de tribunaux internationaux.

5. Le calcul des réparations

Ici, je borne mes observations à la réparation des dommages causés par la perte du *Saumarez*, parce que c'est la question vitale du point de vue du droit. La Grande-Bretagne réclame de ce chef le montant de 700.087 livres. Les experts ont évalué le dommage à 716.780 livres.

Une règle universelle de calcul n'existe pas et ne peut pas exister. Les cas diffèrent l'un de l'autre. Il y a des cas ayant une ou plusieurs circonstances spéciales comme, par exemple, le cas d'espèce où il s'agit de la perte d'un navire de guerre. Il est évident que le calcul serait plus simple et que l'évaluation du dommage en chiffres serait plus facile s'il s'agissait d'un navire de commerce. Les valeurs commerciales, dont le dénominateur commun est la monnaie, sont plus susceptibles d'un calcul monétaire. Mais avec toutes les réserves et limitations, il y a quand même deux questions juridiques communes à tous les cas si une chose a été perdue à cause d'un acte illicite et si la restitution en nature n'est pas possible, comme dans le cas d'espèce :

1) la question : à quel moment le juge doit-il se placer pour évaluer la réparation de la perte ? Au moment de l'acte illicite ou au moment de la décision de la Cour ? ou au moment de la construction de la chose ?

2) la question de savoir sous quelle condition et dans quelle étendue une somme correspondant à la détérioration de la chose — si elle était restée entre les mains de son propriétaire — doit être déduite de la somme représentant la valeur de remplacement.

Ad 1) La base de calcul. Dans le cas d'espèce, il y a trois bases possibles, 1943, 1946, 1949.

a) La base 1943. L'ordre de procéder à la construction du *Saumarez* a été donné par le Gouvernement britannique à une compagnie à Hebburn-on-Tyne, le 9 janvier 1941 ; le navire a été livré après achèvement et sa réception par le service de la marine britannique date du 1^{er} juillet 1943 (affidavit Powell, par. 4). Le coût effectivement enregistré de la construction du navire est de £ 554.678 (par. 5 du même affidavit). Si on évalue la perte du *Saumarez* en chiffres qui représentent le prix de construction en 1943, on peut justifier cette décision par le fait que cette somme représente le véritable dommage positif souffert par la Grande-Bretagne. La hausse des prix ou la baisse des prix sont des facteurs qui ne dépendent pas de l'auteur de l'acte illicite, donc pour lesquels il ne peut pas être tenu pour responsable. Il n'y a aucun rapport de causalité entre l'acte illicite et la hausse des prix, d'une part, ou la baisse des prix, d'autre part. Donc, on pourrait pour cette raison accepter comme chiffre représentant la perte réelle du *Saumarez* le prix de construction effectivement payé en 1943.

b) La base de 1946 ou la base de 1949

Salvioli, dans son cours *La responsabilité des États, la fixation des dommages et intérêts par les tribunaux internationaux* (*Recueil des Cours*, 1929, III, pp. 239-240), dit : « Les tribunaux arbitraux mixtes ont introduit à cet effet la distinction suivante : s'il s'agit de choses qui étaient destinées à la revente, il faut allouer une somme représentant la valeur de la chose au moment même de l'acte qui a frappé la chose — et en ce qui concerne la jurisprudence signalée précédemment, au moment de la dépossession ; par contre, s'il s'agit d'un bien que le propriétaire aurait *conservé et utilisé comme tel*, la valeur de remplacement doit correspondre à la valeur marchande de la chose à la date de l'allocation de l'indemnité » (souligné par l'auteur). Salvioli se réfère expressément à l'arrêt dans l'affaire de Chorzów.

Les raisons des décisions de tribunaux arbitraux mixtes et de la décision de la Cour permanente de Justice internationale dans

l'affaire de Chorzów, en ce qui concerne cette question, ont été exposées dans les décisions elle-mêmes et dans les ouvrages de divers auteurs qui se sont occupés de cette question, de sorte que je peux m'abstenir de citation.

À mon avis, ces raisons sont convaincantes, tandis qu'il n'y a aucune raison juridique pour une décision de se placer au moment de l'acte illicite dans ce cas-là.

Mais une difficulté se présente : celle de déterminer la valeur marchande au moment de la décision, si le bien n'a pas une valeur marchande — comme c'est le cas dans l'affaire présente où il s'agit d'un navire de guerre qui n'a pas une valeur marchande.

D'après Roth (*Schadenersatz*, 1934, p. 102), dans ce cas-là, « le juge doit déterminer la valeur *ex æquo et bono* en tenant compte des circonstances spéciales du cas ».

La Cour se place au moment de l'acte illicite ; mais l'arrêt n'indique aucune raison juridique pour cette décision.

2. Détériorations

La question se pose de savoir s'il y a des raisons juridiques pour la déduction d'une somme représentant la valeur de la détérioration de la chose, si cette chose était restée entre les mains du propriétaire. La jurisprudence internationale et nationale dans chaque pays répond par « oui ». Les experts ont donné la même réponse. Ils ont calculé l'indemnité pour la perte du *Saumarez*, de sorte qu'ils ont déduit 3% pour 3 ans de la « vie » du navire (1943-1946) du prix de construction en 1946. De plus, ils ont indiqué, au cours de la séance du 3 décembre 1949, les taux de cette détérioration. Il me semble que ce point de vue est tout à fait justifié.

Je me réfère de nouveau à Salvioli, qui a exprimé l'opinion suivante : « La Cour doit tenir compte soit d'une amélioration, soit d'une détérioration que la chose aurait subie si elle était restée entre les mains de son propriétaire et si l'acte illicite n'avait pas été accompli à son égard. »

L'arrêt, en acceptant le chiffre réclamé par la Grande-Bretagne comme indemnité pour la perte du *Saumarez*, a *implicite* rejeté la règle d'après laquelle il faut déduire du prix de construction une somme représentant la détérioration, sans indiquer aucune raison juridique pour cette décision. Quel serait l'effet de ce principe en pratique est une question de calcul.

(Signé) D^r B. EČER