

La Commission des réclamations Erythrée/Ethiopie : suite et fin

Pierre D'Argent

Abstract

On 17 August 2009, the Eritrea Ethiopia Claims Commission delivered its two last awards, which relate to the amount of compensation to be paid by each State for the damages resulting from the 1998-2000 war. After a general survey of these awards, this paper addresses the main lessons to be learned from them. Those concern inter alia the reparation of damages resulting from a breach of the jus ad bellum, and the way the Commission dealt with the specific economic situations of both parties when assessing damages.

Résumé

Le 17 août 2009, la Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie a prononcé ses deux dernières sentences, relatives aux indemnités dues par chaque État pour les dommages survenus à l'occasion de la guerre de 1998-2000. Après une présentation générale de ces sentences, cette étude revient sur leurs principaux enseignements. Ceux-ci concernent notamment la question de la réparation de dommages consécutifs à la violation du jus ad bellum, et la manière dont la Commission a tenu compte de la situation économique particulière des deux parties à l'occasion de l'évaluation des dommages.

Citer ce document / Cite this document :

D'Argent Pierre. La Commission des réclamations Erythrée/Ethiopie : suite et fin. In: Annuaire français de droit international, volume 55, 2009. pp. 279-297;

doi : <https://doi.org/10.3406/afdi.2009.4072>

https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2009_num_55_1_4072

Fichier pdf généré le 10/04/2018

LA COMMISSION DES RÉCLAMATIONS ÉRYTHRÉE-ÉTHIOPIE : SUITE ET FIN

PIERRE D'ARGENT

Résumé : Le 17 août 2009, la Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie a prononcé ses deux dernières sentences, relatives aux indemnités dues par chaque État pour les dommages survenus à l'occasion de la guerre de 1998-2000. Après une présentation générale de ces sentences, cette étude revient sur leurs principaux enseignements. Ceux-ci concernent notamment la question de la réparation de dommages consécutifs à la violation du *jus ad bellum*, et la manière dont la Commission a tenu compte de la situation économique particulière des deux parties à l'occasion de l'évaluation des dommages.

Abstract: On 17 August 2009, the Eritrea Ethiopia Claims Commission delivered its two last awards, which relate to the amount of compensation to be paid by each State for the damages resulting from the 1998-2000 war. After a general survey of these awards, this paper addresses the main lessons to be learned from them. Those concern *inter alia* the reparation of damages resulting from a breach of the *jus ad bellum*, and the way the Commission dealt with the specific economic situations of both parties when assessing damages.

Il y a deux ans, le présent *Annuaire* rendait compte des décisions de fond prononcées par la Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie au sujet des responsabilités encourues par chacun de ces États à l'occasion de la guerre qu'ils s'étaient livrés entre 1998 et 2000¹. Établissant des responsabilités pour différents faits illicites, ces décisions de principe appelaient un complément concret, à savoir des sentences quantifiant et liquidant les dommages résultant des faits illicites antérieurement constatés. Cette tâche particulièrement lourde et complexe fut réalisée par deux sentences parallèles prononcées le 17 août 2009. L'une concerne les réclamations de l'Éthiopie ; l'autre, celles de l'Érythrée². Au total, et mis à part des prononcés de satisfaction au sujet de réclamations relatives aux biens

(*) Pierre D'ARGENT, premier secrétaire de la Cour internationale de Justice, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Louvain (en congé). Les opinions exprimées ici sont strictement personnelles et n'engagent en rien la Cour internationale de Justice ou l'Organisation des Nations Unies.

1. P. D'ARGENT/J. D'ASPREMONT, « La Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie : un premier bilan », cet *Annuaire*, 2007, pp. 347-396. Outre la bibliographie citée dans cet article, voy., depuis, l'étude publiée par le président de cette commission arbitrale : H. VAN HOUTTE, « The Eritrea-Ethiopia Claims Commission and International Humanitarian Law », in G. VENTURINI/S. BARIATTI (eds.), *Diritti individuali e giustizia internazionale*, Liber Fausto Pocar, Giuffrè, Milan, 2009, pp. 383-398.

2. Eritrea Ethiopia Claims Commission, Final Award, Ethiopia's Damages Claims, 17 August 2009 (ci-après « ET ») ; Final Award, Eritrea's Damages Claims, 17 August 2009 (ci-après « ER »). Les sentences sont disponibles sur le site internet de la Cour permanente d'arbitrage [www.pca-cpa.org] et seront publiées dans le volume XXVI du *Recueil des sentences arbitrales*.

et personnels diplomatiques des deux parties et à la privation de la nationalité éthiopienne de certains binationaux, l'Érythrée est condamnée à payer à l'Éthiopie 174.036.520 USD, tandis que l'Éthiopie doit verser à l'Érythrée 161.455.000 USD au titre des réclamations étatiques, et 2.065.865 USD au titre des réclamations présentées au nom d'individus.

Bien qu'elles soient fort éloignées des montants assez considérables réclamés par chacune des parties – la réclamation éthiopienne consolidée représentait environ 14,3 milliards de dollars américains, celle de l'Érythrée quelque 6 milliards de dollars³ –, ces sommes peuvent paraître relativement élevées. En effet, si l'on additionne les sommes octroyées et que l'on divise le total ainsi obtenu (337.557.385 USD) par le nombre de jours (767) séparant le début des hostilités (12 mai 1998) de l'accord de cessez-le-feu (18 juin 2000), le coût indemnitaire cumulé du conflit revient pour les deux belligérants ensemble à quelque 440.100 USD par jour d'hostilités, soit un montant significatif pour deux pays particulièrement pauvres. Le coût indemnitaire journalier du conflit est de 226.905 USD pour l'Érythrée et de 213.195 USD pour l'Éthiopie. Ces chiffres sont nominalement assez proches, mais ils représentent en réalité une charge bien différente pour chaque État au regard de leurs PIB respectifs. Ainsi, en 2008, le PIB de l'Érythrée était de 1,7 milliard de dollars, tandis que celui de l'Éthiopie était de 25,6 milliards de dollars⁴. Cela étant, en présence de dettes croisées, ces condamnations n'emportent jamais une telle charge financière pour ces États. En effet, même si la Commission n'a pas procédé d'autorité⁵ à une compensation de sommes entre les condamnations qu'elle a prononcées, celles-ci reviennent, économiquement, à un ordre adressé à l'Érythrée de payer 10.515.655 USD à l'Éthiopie. Le coût indemnitaire journalier de la guerre est donc nul pour l'Éthiopie, tandis qu'il est réduit, dans les faits, à quelque 13.710 dollars pour l'Érythrée. Après compensation, la charge financière réelle des réparations de guerre dues par l'Érythrée ne représente plus qu'environ 0,6 % de son PIB.

« Tout cela pour cela », écrivions-nous déjà en 2007⁶. De prime abord, il est vrai que voir un aussi long exercice arbitral – près de huit ans et demi⁷ de procédure entre deux États parmi les plus pauvres de la planète – aboutir à un tel résultat concret peut laisser songeur. Le coût de l'arbitrage demeurant confidentiel, on en est réduit à des conjectures quant à savoir si, finalement, l'opération est demeurée financièrement avantageuse pour l'Éthiopie elle-même, ce qui ne serait le cas que si l'ensemble des coûts liés à l'arbitrage qu'elle a encourus (frais d'arbitrage augmentés des honoraires de ses conseils) est demeuré inférieur aux quelque 10,5 millions de dollars que l'Érythrée est appelée à lui verser. Cette mise en perspective économique et financière peut donc donner à penser que ce précédent devrait inciter les diplomates à moins d'imagination procédurale et à plus de courage transactionnel immédiat, dans l'intérêt des (pauvres) souverains qu'ils représentent ou qu'ils protègent. C'est d'ailleurs ce que, à demi-mots, la Commission parut penser à ce stade ultime de son mandat. Se rendant compte des nombreuses difficultés qui y étaient liées, de son coût et, sans doute, du maigre résultat auquel elle aboutirait vraisemblablement, la Commission indique avoir consulté les parties afin

3. ET, § 18 ; ER, § 18.

4. [<http://data.worldbank.org>].

5. Voy. à ce sujet nos remarques prospectives à l'époque et non démenties depuis : P. D'ARGENT/J. D'ASPREMONT, *op. cit.*, p. 396.

6. *Ibid.*

7. Période de présentation des réclamations comprise. Pour rappel, la Commission, créée par l'accord du 12 décembre 2000, était appelée à commencer ses travaux dans les quinze jours de son établissement et à les achever dans les trois ans suivant l'année durant laquelle les réclamations pouvaient être introduites (*Ibid.*, p. 349).

d'envisager différentes alternatives à la prolongation de la procédure arbitrale. Il est rare qu'un organe arbitral s'interroge avec autant de franchise, et dans le corps même de ses décisions, sur le sens de la tâche lui restant à accomplir. L'Éthiopie paraît avoir partagé ces interrogations existentielles en proposant de transformer l'organe arbitral en un « *mechanism working to increase the flow of relief and development funds from international donors to alleviate the consequences of the war in both countries* »⁸. Le refus de l'Érythrée fit que « *it was not possible to terminate the proceedings without a damage phase* » ; la procédure arbitrale se poursuivit donc, en quelque sorte à contrecœur pour la Commission elle-même.

Après avoir présenté le contenu des sentences et s'être arrêté sur certains de leurs éléments transversaux (I), on tentera de mettre en lumière la manière dont la Commission a tenu compte de la situation économique des parties à l'occasion du règlement indemnitaire (II), la question du *quantum* des réparations de guerre étant un sujet suffisamment rare dans la pratique internationale pour mériter quelques développements.

I. – PRÉSENTATION GÉNÉRALE DES SENTENCES

Les deux sentences du 17 août 2009 comptent une centaine de pages chacune. Elles sont facilement accessibles⁹ et ont déjà été très utilement résumées¹⁰. Cette étude n'en donnera donc pas une vue d'ensemble analytique détaillée, mais présentera leurs structures et éléments essentiels. Les sentences s'articulent autour de cinq premières sections générales et communes (A), puis analysent, respectivement, les réclamations de l'Éthiopie (B) et de l'Érythrée (C). Sans viser à l'exhaustivité, on reviendra ensuite sur certains de leurs éléments transversaux, relatifs à des questions de preuve et d'évaluation des dommages (D), ainsi qu'à l'exclusion de certains d'entre eux (E). Il y aura lieu enfin de s'arrêter sur la manière dont la Commission a traité la réclamation éthiopienne relative aux dommages résultant de la violation du *jus ad bellum* par l'Érythrée (F).

A. Les sections communes aux deux sentences

Les cinq premières sections des sentences sont, mot à mot, identiques : après une brève introduction, quelques aspects procéduraux relatifs à la phase indemnitaire sont présentés, tandis que la troisième section évoque plus longuement la situation particulière des parties. On y reviendra dans la deuxième partie de cette étude. La quatrième section est consacrée aux principes juridiques applicables : il y est rappelé que les sentences sur le fond sont *res judicata* pour les parties et dès lors déterminantes pour la phase indemnitaire, tandis que les difficultés essentielles relatives à la preuve des dommages, de leur étendue et de leur évaluation sont examinées. La quatrième section commune aux deux sentences se termine par quelques développements relatifs à la délicate question de la causalité, laquelle retiendra

8. ET § 9 ; ER § 9.

9. Voy. note 2.

10. B. MACMAHON/F. C. SMITH, *Permanent Court of Arbitration. Summaries of Awards 1999-2009*, T.M.C. Asser Press, 2010, pp. 261-295.

plus particulièrement l'attention dans le cadre des réparations dues consécutivement à la violation du *jus ad bellum* (voy. ci-dessous, I, F). La cinquième section porte sur certaines questions plus techniques liées à l'évaluation des dommages : il y est question, d'une part, des difficultés propres à la conversion monétaire vers le dollar américain, monnaie de paiement acceptée par les parties, lorsque les dommages ont été évalués dans l'une de leurs monnaies ; d'autre part, du fait que la Commission décida de ne pas allouer des intérêts sur les montants accordés¹¹ ; et, enfin, du fait que les parties ont renoncé à réclamer le remboursement de leurs frais de justice et des honoraires de leurs conseils. La suite des sentences examine les différentes réclamations indemnitaires des parties, en suivant des structures différentes, selon les présentations qu'elles en ont faites.

B. Les réclamations de l'Éthiopie

La sixième section de la sentence éthiopienne rappelle les décisions de fond qui avaient été prononcées deux ans plus tôt. Il y est également question de la différence de structure entre ces décisions et la manière dont l'Éthiopie a présenté sa réclamation indemnitaire (ci-dessous, I, C).

La septième section de cette même sentence est consacrée à l'examen d'une importante réclamation portant sur des dommages moraux qu'auraient subis l'Éthiopie et une grande partie de sa population en conséquence de l'attaque érythréenne. On reviendra sur les motifs ayant conduit la Commission à rejeter cette demande (ci-dessous, I, E).

La huitième section examine les réclamations de sommes forfaitaires pour certains dommages résultant de violations du *jus in bello*. Il y est question de décès et de lésions physiques, de viols et de pertes de propriétés de ressortissants éthiopiens, par pillage ou destruction. On reviendra plus particulièrement sur le traitement de la réclamation portant sur les viols de femmes et de jeunes filles (ci-dessous, II, C).

La neuvième section porte sur les réclamations de montants réels pour certains dommages résultant de violations du *jus in bello*. La Commission passe successivement en revue les réclamations relatives aux destructions et aux pillages survenus dans la ville frontière de Zalambessa, aux décès, lésions physiques et pertes de propriétés survenus à Mekele, ainsi que dans d'autres localités. Les dommages occasionnés, par destruction ou pillage, aux biens et infrastructures publics, aux institutions religieuses, ainsi qu'aux carrières de marbre de Saba font l'objet d'une attention particulière.

Les autres réclamations de l'Éthiopie fondées sur des violations du *jus in bello* sont examinées dans la dixième section de la sentence. Il y est question des violations commises à l'encontre des prisonniers de guerre, du traitement réservé en Érythrée aux civils éthiopiens (manquement à l'obligation de les protéger d'actes de violence, privation d'emplois, privation d'accès aux soins médicaux, détentions arbitraires et traitements abusifs en détention, décès et lésions physiques survenus

11. Bien que l'article 5, paragraphe 14, de l'accord de décembre 2000 instituant la Commission prévoie la possibilité d'allouer des intérêts sur les montants principaux, la Commission a décidé de ne pas en accorder, parce que les montants globaux alloués aux deux parties sont très comparables et que, dans un tel cas, l'octroi d'intérêts sur les sommes principales n'aurait aucun effet économique pour l'une ou l'autre des parties, vu la compensation de sommes qui en résulterait. La Commission ajoute que l'absence d'intérêts est encore justifié par le caractère approximatif de ses évaluations et le fait que la bonne coopération entre parties tout au long de la procédure arbitrale donne à penser que les sentences seront promptement exécutées (ET, §§ 43-44 ; ER, §§ 43-44), ce qui est une référence à la question de l'intérêt moratoire, et non plus seulement à celle de l'intérêt compensatoire.

dans le camp de Wi'a, défaut de protection des biens des personnes incarcérées ou expulsées, expulsions dans des conditions dangereuses ou inhumaines), et des atteintes aux biens et au personnel diplomatique. La seule mesure de réparation accordée pour cette réclamation diplomatique est une satisfaction sous la forme d'une sentence déclarative ¹².

La onzième section de la sentence est consacrée aux réclamations présentées par l'Éthiopie au titre de la violation du *jus ad bellum* que la Commission avait accepté d'examiner à la suite, on s'en souvient, d'une interprétation assez libérale et controversée de sa compétence ¹³. On reviendra plus en détail sur la manière dont la Commission a pour partie fait droit à la réclamation éthiopienne fondée sur la violation du *jus ad bellum* (ci-dessous I, F). À ce stade, on relèvera seulement que cette réclamation visait des montants forfaitaires pour certains dommages (déplacements internes de population, décès et lésions physiques) et des montants réels pour d'autres : destructions de biens civils à la suite de bombardements ; dommages occasionnés aux infrastructures, bâtiments publics et institutions religieuses ; destructions à Zalambessa ; décès et blessures occasionnés par des mines ; pertes commerciales et autres pertes économiques ; dommages causés aux ressources naturelles et à l'environnement ; bombardements survenus à Mekele ; préjudices subis par des prisonniers de guerre ; départs de civils depuis l'Érythrée ; pertes éthiopiennes survenues dans le port érythréen de Assab ; pertes subies par Ethiopian Airlines ; pertes dans le secteur touristique ; déclin de l'aide étrangère au développement ; pertes dans le secteur des investissements étrangers ; réclamations au titre de la reconstruction et de l'assistance aux personnes déplacées.

La douzième et dernière section de la sentence contient son dispositif, sous la forme d'un récapitulatif de chaque montant alloué au titre de certaines réclamations. Les réclamations auxquelles il n'a pas été fait droit sont rejetées.

C. Les réclamations de l'Érythrée

L'analyse des réclamations présentées par l'Érythrée suit un ordre tout à fait différent de celui retenu pour les réclamations éthiopiennes. À la suite d'une ordonnance du 13 avril 2006, les réclamations des parties avaient été réparties en deux grands groupes. Si l'Éthiopie ne suivit pas cet ordre de présentation lors de la phase indemnitaire, l'Érythrée s'y tint.

Ainsi, la sixième section de la sentence érythréenne examine les réclamations du « groupe 1 », lesquelles comprennent des demandes portant sur des pertes de biens personnels et d'actifs commerciaux, ainsi que celles relatives à des détériorations ou destructions de bâtiments dans différentes localités situées tout le long de la ligne de front. Il y est notamment question de dommages infligés à des églises, des mosquées, des bâtiments publics, des hôpitaux, des hôtels et des usines. La Commission analyse encore une importante réclamation de l'Érythrée portant sur des dommages-intérêts indirects (*consequential damages*). Cette réclamation fut rejetée par la Commission pour des motifs de principe sur lesquels on reviendra (ci-dessous, I, E). La sixième section de la sentence examine encore les réclamations portant sur les dommages occasionnés aux biens culturels (stèle de Matara et cimetière des patriotes de Tserona), de même que celles relatives aux préjudices subis par les prisonniers de guerre, par les victimes de viols (ci-dessous, II, C), et par la population déplacée de la ville d'Awgaro.

12. ET, §§ 268-270.

13. Voy. P. D'ARGENT/J. D'ASPREMONT, *op. cit.*, pp. 358-360 et pp. 378-381.

La septième section de la sentence porte sur les réclamations du « groupe 2 » et s'ouvre sur certains développements relatifs à la nationalité des personnes en matière de protection diplomatique. Tout en reconnaissant l'importance de la règle de la nationalité effective et dominante, la Commission a estimé que cette règle n'était pas applicable en cas d'expulsion et de privation de nationalité : « *it cannot be that, in such situations, international law allows a State wrongfully to expel persons or deprive them of its own nationality, but then deny State responsibility because of the very social connections or bonds of nationality it wrongfully ended* »¹⁴. Sont donc examinées, les réclamations portant sur des cas de déchéances de la nationalité éthiopienne de personnes d'origine érythréenne résidant en Éthiopie ou à l'étranger, ainsi que celles relatives aux expulsions de binationaux, qui furent parfois pratiquées dans des conditions jugées inhumaines ou dangereuses. La Commission a prononcé une mesure de satisfaction pour le premier chef de demande, et a accordé une indemnité pour le second¹⁵. Les autres réclamations du « groupe 2 » portent sur des pertes de biens de personnes ayant résidé en Éthiopie, ou de non-résidents, sur la détention illicite de nationaux érythréens et sur les atteintes qu'eurent à subir le personnel et les biens diplomatiques érythréens présents en Éthiopie. Comme au sujet de la réclamation diplomatique de l'Éthiopie (ci-dessus, I, B), la Commission a prononcé à cet égard une mesure de satisfaction. Elle le fit toutefois dans des termes beaucoup plus appuyés, vu la gravité des violations du droit diplomatique en cause (arrestation et fouille de l'ambassadeur érythréen, et saisie de ses documents). La Commission accorda en outre une indemnité financière à l'Érythrée pour les dégradations matérielles occasionnées par la mise à sac de son ambassade¹⁶.

La huitième section de la sentence est consacrée aux réclamations que l'Érythrée a présentées à la Commission au nom de certains individus, clairement identifiés. Ces réclamations furent peu nombreuses (six individus étaient concernés, dont un couple) et ne portaient pas sur des sommes importantes. Une de ces réclamations individuelles fut rejetée, tandis qu'environ 2 millions de dollars furent au total alloués à la satisfaction des autres réclamations individuelles.

Le dispositif de la sentence érythréenne est repris dans la neuvième et dernière section, sous la forme d'un récapitulatif des conclusions auxquelles la Commission est arrivée au sujet de chaque réclamation.

D. Preuve et évaluation

Cette rapide présentation générale des deux sentences donne une idée de la grande variété des préjudices dont la Commission eut à connaître, mais aussi de leur similarité dans le chef des deux parties, ce qui n'est certes guère étonnant. Dans le cadre limité de cette étude, il serait particulièrement fastidieux d'examiner plus avant chaque réclamation, en comparant chaque fois les montants réclamés et ceux alloués par la Commission. Il serait par ailleurs hasardeux de prétendre remettre en cause l'appréciation que la Commission eut de la réalité et de l'ampleur des dommages, ou de leur évaluation, dès lors que les dossiers des parties demeurent inaccessibles au public.

14. ER, § 251. L'article 5, paragraphe 9, de l'accord d'Alger instituant la Commission permet la présentation de réclamations pour le compte de non-ressortissants : voy. P. D'ARGENT/J. D'ASPREMONT, *op. cit.*, pp. 356-357.

15. ER, §§ 288, 295.

16. ER, §§ 384-392.

On ne s'arrêtera donc pas sur les motifs avancés par la Commission pour justifier, tantôt la réduction (parfois substantielle) des sommes postulées, tantôt le rejet de l'une ou l'autre indemnisation. Ces motifs tiennent aux particularités factuelles des espèces tranchées, compte tenu des preuves produites. À de nombreuses reprises, ces dernières ont été jugées insuffisantes par les arbitres. La Commission note à ce sujet : « *[k]ey issues often have boiled down to proof of facts, not issues of law* ». Tout est ainsi dit de l'essentiel du travail arbitral à ce stade ultime, sachant que « *conclusive proof of facts in a war that began eleven years ago often is not feasible* »¹⁷. Ceci a conduit la Commission à souligner, dès le début des sentences, que les indemnités accordées ne reflétaient sans doute pas la totalité des dommages réellement subis par chacune des parties – pas plus que l'absence d'indemnité ne pouvait signifier qu'aucun fait dommageable ne se serait produit –, mais correspondaient aux dommages qui avaient pu être considérés comme établis, en fonction des éléments de preuve disponibles dans le cadre d'une procédure arbitrale longue et complexe et des moyens respectifs des parties¹⁸. Les deux premiers et identiques paragraphes des sentences constituent en quelque sorte une mise en garde adressée aux parties, voire aux victimes de la guerre qu'elles se sont livrées, contre une trop grande attente quant à l'accomplissement de son mandat : la Commission a fait ce qu'elle a pu avec ce que les parties lui ont soumis, dans un contexte géopolitique et économique tout à fait particulier. La deuxième partie de cette étude tentera de montrer combien ce contexte a pu influencer la manière dont la Commission examina les réclamations et décida des montants indemnitaires.

Lorsqu'ils ont été indemnisés, les dommages ont très souvent été évalués forfaitairement à des sommes rondes, sans grandes explications. Bien que la Commission ait pris le soin de rappeler que, selon l'article 5, paragraphe 13, de l'accord d'Alger l'instituant, elle était sans compétence pour statuer *ex aequo et bono*¹⁹, il est difficile de se convaincre que l'équité, ou du moins un certain sens du raisonnable, n'a joué aucun rôle dans la détermination de certaines évaluations auxquelles elle a procédé. La Commission a d'ailleurs admis s'être livrée, dans certains cas et en fonction des preuves disponibles, à une forme de « *guesswork* »²⁰ à ce sujet. Elle a assoupli les exigences en termes de preuve lorsque les sommes réclamées étaient réduites ou forfaitaires²¹. Elle a aussi tenu compte de la gravité du fait illicite générateur lors de l'évaluation des dommages²², sans que l'on puisse véritablement déterminer si cette gravité a joué en faveur d'un certain assouplissement des critères d'établissement de la preuve ou si sa prise en compte découlait d'une exigence même du droit de la responsabilité internationale. La Cour internationale de Justice a récemment indiqué que la forme de réparation retenue (et non le montant de l'indemnité – en tant que forme de réparation – allouée) devait être « appropriée au préjudice subi, compte tenu de la nature du fait illicite dont il procède »²³, ce qui est assurément autre chose qu'un renvoi à la gravité perçue du fait illicite pour déterminer le montant de l'indemnité.

17. ET, § 34 ; ER, § 34.

18. ET, § 2, § 33 ; ER, § 2, § 33.

19. ET, § 28 ; ER, § 28.

20. ET, § 337 ; ER, § 37.

21. ET, § 38 ; ER, § 38.

22. Voy. p. ex. : ET, §§ 40, 95, 109, 161, 181, 208-210, 247, 386 ; ER, §§ 40, 230-232, 238, 387, 389.

23. *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, § 274.

E. *Dommages exclus*

De nombreux dommages n'ont pas été indemnisés faute de preuve. D'autres ont été rejetés pour des motifs de principe : comme il a déjà été souligné, la Commission a rejeté l'importante réclamation éthiopienne portant sur des dommages moraux, ainsi que la non moins importante réclamation érythréenne relative aux dommages-intérêts indirects (*consequential damages*). Il y a lieu d'y revenir brièvement.

En prenant comme base de calcul qu'environ 1,5 millions d'Éthiopiens vivant dans la zone des combats auraient été moralement affectés par ceux-ci, et en multipliant ce nombre par un facteur familial, puis par un facteur de gravité de certains faits, puis encore par le revenu moyen des habitants de la région frontalière durant les deux années de guerre, l'Éthiopie en est arrivée à formuler une demande de près de six milliards de dollars au titre de dommage moral²⁴. La Commission a rejeté cette demande, estimant qu'elle était fondée sur des facteurs hypothétiques et non réels et que, si le concept de dommage moral pouvait être fondé lorsque des individus ou des groupes restreints de personnes sont concernés, il ne saurait être étendu à des situations impliquant des populations entières. La Commission a encore considéré que la réclamation éthiopienne présentait les traits d'une demande de dommages et intérêts punitifs²⁵. Tout en ne rejetant pas la notion de dommage moral en tant que telle lorsqu'elle concerne un nombre limité de personnes, la Commission a souligné que, puisqu'elle tenait compte de la gravité des violations dans l'évaluation des dommages (ci-dessus, I, D), il n'y avait pas lieu d'indemniser distinctement et de manière supplémentaire des dommages moraux²⁶.

L'Érythrée a quant à elle présenté une réclamation de quelque 400 millions de dollars au titre des dommages-intérêts indirects (*consequential damages*) qu'auraient subis près de huit cent mille personnes, à raison de 500 USD par tête. Ces dommages auraient résulté des conséquences à moyen terme de l'occupation par l'Éthiopie d'une partie du territoire de l'Érythrée, et notamment du fait que de nombreux enfants auraient été privés d'école à la suite de la destruction de bâtiments scolaires, que les réseaux de télécommunication auraient été hors d'usage, que les gens auraient perdu leur emploi ou leur activité économique antérieure, ou auraient encore été privés d'accès à des soins de santé²⁷. La Commission a considéré que, bien que consacrée par certains systèmes juridiques, la notion de dommages-intérêts indirects ne relevait pas des principes généraux du droit et n'était pas consacrée en droit international²⁸. La demande fut donc rejetée comme telle, mais les prétentions qui la sous-tendaient furent néanmoins examinées. Faute de preuve, les prétentions relatives à l'absence de scolarité et d'interruption des réseaux de télécommunication furent rejetées²⁹. La Commission reconnut par contre que la privation de soins de santé pouvait constituer un dommage indemnisable (à hauteur de 1,5 millions de dollars), dès lors que la protection dont les facilités médicales bénéficient en droit international humanitaire est établie au bénéfice des individus, et non seulement des États³⁰. Les réclamations relatives aux pertes d'emploi et d'activités économiques antérieures ont été rejetées pour le motif que « *[p]ast tribunals have not found generalized conditions of war-related economic disruption and decline to constitute compensable elements of damage, even in the case of some*

24. ET, §§ 54-58.

25. ET, §§ 61-64.

26. ET, § 65.

27. ER, §§ 195-197.

28. ER, § 202.

29. ER, §§ 204-206.

30. ER, §§ 212 et 216.

types of injury bearing a relatively close connection to illegal conduct »³¹. Selon la Commission, « *the Geneva Conventions and Protocol I do not encompass protection of the economy writ large* », ce que le professeur Crawford, conseil de l'Érythrée, aurait d'ailleurs reconnu lors de la procédure orale³². Dans le cadre de l'examen de la réclamation éthiopienne fondée sur la violation du *jus ad bellum* (ci-dessous, I, F), la Commission rejeta également une demande relative à des pertes de profits parce que celles-ci auraient été dues aux « *generalized conditions of economic disruption in wartime* »³³. Le rejet des dommages-intérêts indirects (*consequential damages*) par la Commission reflète une conception du lien de causalité (*proximate cause*) déjà rapportée dans notre étude précédente³⁴.

F. Violation du *jus ad bellum* et dommages de guerre

Après s'être déclarée compétente pour connaître des réclamations de l'Éthiopie relatives à des dommages engendrés par la violation du *jus ad bellum* commise par l'Érythrée lors de l'attaque initiale sur la ville de Badme³⁵, la Commission avait adopté une décision (n° 7) intitulée « *Guidance Regarding Jus ad Bellum Liability* ». Notre précédente étude avait commenté aussi bien cette décision n° 7 que celle par laquelle la Commission avait affirmé sa compétence en matière de *jus ad bellum*³⁶. Il n'y a donc pas lieu d'y revenir, mais il faut à présent examiner la manière dont la Commission a mis en œuvre les principes qu'elle avait arrêtés.

Les conséquences indemnitaires de la responsabilité de l'Érythrée du fait de sa violation du *jus ad bellum* n'a été examinée par la Commission qu'après qu'eurent été liquidés les dommages engendrés par ses violations du *jus in bello*. Cet ordre paraît logique, alors même que la violation du *jus in bello* (ou l'absence d'une telle violation) est en réalité un élément indifférent lorsque le dommage peut-être considéré comme résultant de la violation du *jus ad bellum*³⁷. Vu la similitude des violations du droit de la guerre commises par les parties et la similitude des dommages en découlant, on peut comprendre que, dans un souci de traitement égalitaire des parties³⁸, la Commission a préféré d'abord considérer sous l'angle du *jus in bello* tous les dommages nés de la violation de cet ensemble normatif. C'est sans doute également parce que la Commission entendait limiter autant que possible les conséquences concrètes de la responsabilité de l'Érythrée pour violation du *jus ad bellum* qu'elle décida de procéder dans cet ordre. Ce n'est donc que dans l'hypothèse où un dommage subi par l'Éthiopie ne pouvait pas être rattaché à une violation du *jus in bello* commise par l'Érythrée que la Commission accepta de l'examiner sous l'angle du *jus ad bellum*³⁹. Il en a, par exemple, été ainsi de

31. ER, § 207. L'exemple cité est celui du rejet de l'augmentation des primes d'assurances maritimes par le tribunal arbitral dans l'affaire de l'Alabama.

32. *Ibid.*

33. ET, § 402. Voy. aussi ET, § 395 excluant les dommages résultant de la « *general disruption of the civilian economy in wartime* », dès lors que « *no system of legal liability can address all of the economic consequences of war* ».

34. P. D'ARGENT/J. D'ASPREMONT, *op. cit.*, pp. 385-387.

35. Partial award, *Jus ad Bellum*, Ethiopia's Claims 1-8, 19 December 2005.

36. P. D'ARGENT/J. D'ASPREMONT, *op. cit.*, pp. 358-360, 378-381, 386-387.

37. P. D'ARGENT, *Les réparations de guerre en droit international public. La responsabilité internationale des États à l'épreuve de la guerre*, Bruylant-LGDJ, 2002, pp. 476-492.

38. On rappellera qu'aucune violation du *jus ad bellum* n'a été attribuée à l'Éthiopie, et que la responsabilité internationale de cet État se fonde dès lors uniquement sur ses violations du *jus in bello*.

39. La Commission utilise l'expression « *damage caused by Eritrea, not otherwise compensable under the jus in bello* » : ET, § 309.

dommages résultant de bombardements jugés licites au regard du *jus in bello*⁴⁰. Selon la Commission, de tels dommages « *were not in themselves unlawful* »⁴¹ : cette manière de s'exprimer est assurément un raccourci puisque, bien que licites du point de vue du *jus in bello*, ces dommages ne le sont pas au regard du *jus ad bellum* s'ils peuvent être considérés comme découlant de sa violation.

Le fait que les dommages examinés au titre de la violation du *jus ad bellum* ne procédaient pas en même temps – selon l'ordre analytique adopté par les sentences – de manquements au *jus in bello*, a amené la Commission à considérer que leur indemnisation ne devait pas se faire « *on the same basis as violations of the jus in bello* »⁴². En particulier, la Commission a estimé qu'alors qu'elle avait tenu compte de la gravité de chaque violation du *jus in bello* dans l'évaluation des dommages en résultant (ci-dessus, I, D), un tel paramètre ne pouvait entrer en ligne de compte dans l'évaluation des dommages engendrés par la seule violation du *jus ad bellum* dont l'Érythrée s'était rendue responsable, soulignant par ailleurs que cette violation, bien que « *serious* », avait été « *different in magnitude and character from the aggressive uses of force marking the onset of the Second World War, the invasion of South Korea in 1950, or Iraq's 1990 invasion and occupation of Kuwait* »⁴³. Ces considérations ont conduit la Commission à estimer que

« *[i]mposing extensive liability for conduct that does not violate the jus in bello risks eroding the weight and authority of that law and the incentive to comply with it, to the injury of those it aims to protect. The Commission believes that, while appropriate compensation to a claiming State is required to reflect the severity of the damage caused to that State by the violation of the jus ad bellum, it is not the same as that required for violations of the jus in bello* »⁴⁴.

Il y a là comme une faveur particulière pour le *jus in bello* par rapport au *jus ad bellum* qui n'est pas autrement expliquée, et que renforce une autre affirmation de la Commission :

« *A threshold question was whether any award of damages should be designed to serve the exceptional purpose of helping to deter future violations of Article 2, paragraph 4 of the Charter of the United Nations, or should, instead, serve the more conventional purpose of providing appropriate compensation within the framework of the law of state responsibility. As to this, the Commission understands the latter to be its responsibility, and it doubts that possible awards of monetary compensation would be likely to deter a State contemplating action in breach of the jus ad bellum* »⁴⁵.

Si l'on rejoint volontiers l'analyse réaliste de la Commission au sujet de l'absence d'effet dissuasif d'une condamnation pécuniaire, on ne voit toutefois pas pourquoi il en irait autrement des violations du *jus in bello*, ni en quoi ce dernier corpus juridique serait érodé par la réparation effective des dommages résultant de la violation du *jus ad bellum*, indifféremment de l'existence ou non d'un manquement au *jus in bello*. En effet, à la suite d'un emploi illicite de la force armée, aucun dommage qui en résulte ne peut être considéré comme licite, qu'il soit ou non conforme au *jus in bello*. Lorsqu'un dommage résultant d'un manquement au *jus ad bellum* emporte, en même temps et par ailleurs, une violation du *jus in bello*,

40. ET, §§ 135, 168, 334, 359. Lorsque le dommage a été indemnisé au titre de la violation du *jus in bello*, il n'est pas examiné ni indemnisé une deuxième fois au titre de la violation du *jus ad bellum* : ET, § 366 au sujet de pillages.

41. ET, § 311.

42. *Ibid.*

43. ET, § 312.

44. ET, § 316.

45. ET, § 308.

cette contrariété supplémentaire au droit ne change rien quant à l'existence ou l'étendue de l'obligation de réparer (intégralement) les dommages en question. Il n'y a pas à réparer « plus » en présence d'une violation du *jus in bello* ou « moins » en l'absence d'une telle violation⁴⁶. On peut bien entendu préférer, comme la Commission l'a fait, liquider d'abord les dommages que l'on peut considérer comme consécutifs à certaines violations du *jus in bello*, puis ensuite examiner ceux qui, n'en procédant pas, résultent d'un manquement au (seul) *jus ad bellum*. Mais il paraît incorrect d'indemniser ces derniers en application de règles différentes de celles retenues pour les premiers, et inversement. L'obligation « secondaire » de réparer le dommage ne varie pas selon le corpus de règles auquel il a été porté atteinte, et c'est bien plus la nature du fait illicite que sa gravité subjectivement perçue qui permet de juger du caractère approprié de la forme de réparation retenue⁴⁷.

La véritable difficulté que pose la réparation des dommages nés de la violation du *jus ad bellum* n'est donc pas celle de l'interaction entre ce corpus de règles et le *jus in bello*, mais tient à la problématique du lien de causalité. La Commission ne s'y est pas trompée et elle a tenté, à partir de la théorie de la « proximate cause » utilisée par ailleurs, de développer les considérations de principe contenues dans sa décision n° 7. Elle a indiqué à ce propos ne pas accepter « *that a State's international responsibility in a case such as this extends to all of the losses and disruptions accompanying an international conflict. A breach of the jus ad bellum by a State does not create liability for all that comes after. Instead, there must be a sufficient causal connection* »⁴⁸. Dès lors, la position de principe de la Commission est la suivante :

« *In assessing causation, the Commission has tried, inter alia, to weigh whether particular consequences were, or should have been, foreseen by Eritrea's leaders in the exercise of reasonable judgment at the time of Eritrea's delict in May 1998. In this regard, Ethiopia urged a broad notion of foreseeability, contending that Eritrea should have foreseen, and should be held to account for, a wide range of results of its May 1998 actions, including each of the types of injury for which Ethiopia claimed compensation. The Commission believes that a more nuanced view is required. It agrees that the test of foreseeability should extend to a broader range of outcomes than might need to be considered in a less momentous situation. A substantial resort to force is a serious and hazardous matter. A party considering this course is bound to consider matters carefully, weighing the costs and possible bad outcomes, as well as the outcome it seeks. This is particularly so given the uncertainties of armed conflict. At the same time, if a party is deemed to foresee too wide a range of possible results of its action, reaching too far into the future, or too far from the battlefield, foreseeability loses meaning as a tool to assess proximate cause. If all results are foreseeable, the test is meaningless* »⁴⁹.

Se fondant sur cette conception de la causalité tout empreinte de prévisibilité, la Commission a recadré dans le temps et dans l'espace le fait illicite initial de l'Érythrée pour conclure, selon les différents fronts et théâtres de la guerre, que cet État devait ou aurait dû prévoir un certain nombre de conséquences préjudiciables ainsi rattachées à sa violation du *jus ad bellum*⁵⁰. Il importe peu que ces conséquences aient été désirées ou non par l'auteur de cette violation⁵¹. La Commission a aussi décidé dans certains cas que la chaîne de causalité était rompue ou trop

46. Voy. note 37.

47. Voy. note 23.

48. ET, § 289.

49. ET, § 290.

50. La Commission écrit à plusieurs reprises « *it was, or (clearly) should have been, (readily) foreseeable to Eritrea's leaders...* » : ET, §§ 293, 294, 298, 299, 303.

51. ET, § 297.

étirée pour que certains événements puissent être rattachés au fait illicite initial de l'Érythrée ⁵².

Cette causalité étant juridique et non pas matérielle, elle permet de rattacher à la violation initiale du *jus ad bellum* des actes qui, en réalité, n'ont pas été le fait de son auteur. La Commission l'a reconnu explicitement au sujet de préjudices résultant d'explosions de mines : l'Érythrée en fut tenue pour responsable, indifféremment de la question de savoir si elle avait bien posé les mines dommageables ⁵³. Contrairement à ce que l'on peut penser de prime abord, il n'y a là rien de très exceptionnel, la pratique internationale affirmant que le belligérant illicite doit aussi réparer les dommages engendrés par la guerre alors même qu'il ne les a pas matériellement causés ⁵⁴. Il peut paraître injuste de faire payer à l'auteur de la violation du *jus ad bellum* des dommages qui résultent physiquement de l'action en défense de ceux qui lui ont résisté. C'est pourtant cette solution qui, par étirement de la chaîne de causalité, a constamment été retenue – à Versailles en 1919 ⁵⁵, dans les traités de paix de 1947 conclus avec les alliés européens de l'Allemagne, ou après la libération du Koweït en 1991 ⁵⁶. L'explication est simple : si l'État auteur de la violation du *jus ad bellum* ne devait pas supporter la réparation des dommages matériellement causés par les belligérants licites et conformes au droit de la guerre, ces dommages ne devraient être réparés par personne, n'étant le résultat d'aucun fait illicite. Ainsi, on fait payer à l'Irak les dommages causés par les bombardements des forces coalisées en 1991, tandis qu'en l'espèce, l'Érythrée doit indemniser les dommages résultant d'explosions de mines éventuellement posées par l'Éthiopie. La pratique, notamment celle de la Commission d'indemnisation des Nations unies (UNCC), va même jusqu'à considérer que la chaîne de causalité qui rattache la violation initiale du *jus ad bellum* au dommage matériellement causé par le belligérant licite n'est pas interrompue par une éventuelle violation du droit de la guerre commise par ce dernier – ce qui est sans doute plus discutable, mais dont la Commission n'a pas discuté.

II. – SITUATION CONCRÈTE DES PARTIES ET LIQUIDATION DES DOMMAGES DE GUERRE

Ainsi qu'on l'a souligné dans l'introduction de cette étude, la Commission paraît avoir été habitée par une manière de scepticisme au sujet de l'achèvement de son mandat. Ceci s'explique sans nul doute par la situation économique très particulière des parties. La Commission semble avoir eu cette situation constamment à l'esprit : non seulement, et ainsi qu'on l'a rappelé, elle l'amena à s'interroger sur la nécessité de son propre maintien, mais elle paraît avoir eu une influence déterminante sur les évaluations auxquelles il fut procédé. La Commission ne s'en est d'ailleurs pas cachée en abordant les questions relatives à la capacité de

52. ET, § 407 (rupture de la chaîne de causalité par une décision propre d'une société minière d'offrir de l'aide à ses ouvriers ou à des personnes déplacées), § 456 (rupture de la chaîne par une décision propre de Ethiopian Airlines de transférer des opérations vers Nairobi), § 435 (causalité trop éloignée s'agissant de départs d'Érythrée s'étant produits deux ans après l'attaque initiale sur Badme).

53. ET, §§ 388-391.

54. P. D'ARGENT, *Les réparations de guerre...* (note 37), pp. 644-659.

55. La seule violation du *jus ad bellum* commise par l'Allemagne en 1914 tenait à la violation de la neutralité de la Belgique.

56. La Commission (ET, § 288) dit rejoindre la position de la Commission d'indemnisation des Nations unies qui fait peser sur l'Irak les dommages engendrés par les opérations militaires des forces ayant réagi à sa violation du *jus ad bellum*, à nouveau sur la base d'une analyse de la causalité fondée sur la prévisibilité.

paiement des parties (A) et en remplaçant la notion de réparation dans son contexte économique concret (B) ainsi que dans le contexte socioculturel des parties (C). Ces considérations forment ensemble comme une « politique juridique » en matière de liquidation des dommages de guerre.

A. Réparation et capacité de paiement

Dès le début des sentences, la Commission souligne que l'énormité des réclamations qui lui ont été présentées met en cause la capacité de paiement des parties. Elle refuse de s'en tenir à une vision formelle, notamment soutenue par l'Éthiopie, selon laquelle, puisque l'obligation de payer revient à l'État, il n'y aurait pas lieu de prendre en considération l'impact éventuel de la dette sur les populations⁵⁷. À juste titre, la Commission souligne qu'imposer internationalement une dette à un État revient toujours à exiger que des ressources internes y soient affectées, étant ainsi soustraites à la satisfaction de besoins nationaux. En d'autres termes, l'*obligation* à la dette a beau relever du droit international et revenir à la seule personne morale et abstraite qu'est l'État, sans que ses citoyens n'y soient formellement tenus, l'organisation de la *contribution* à cette dette suppose des mécanismes de droit interne touchant les individus, soit directement par la perception fiscale, soit indirectement par l'affectation de revenus générés par des ressources nationales à une fin autre que les besoins de la population⁵⁸. Ceci a amené la Commission à dire qu'elle ne pouvait pas écarter « *the possibility that large damages awards may exceed the capacity of the responsible State to pay or result in serious injury to its population if such damages were paid* »⁵⁹.

Pour éviter d'aboutir à un tel résultat, la Commission met en avant une interaction entre le droit secondaire de la responsabilité internationale et le droit primaire relatif aux droits de l'homme⁶⁰. La Commission prend appui sur l'article 1, paragraphe 2, commun aux pactes de 1966, selon lequel « [e]n aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance ». Elle rappelle que la Commission du droit international avait été attentive à cette obligation lors de ses travaux relatifs à la réparation des dommages pour fait illicite⁶¹. Le fait que les propositions formulées alors n'ont finalement pas été retenues par la CDI ne signifie pas que cette obligation du droit primaire, que la Commission des réclamations considère comme faisant partie du droit qu'il lui revient d'appliquer⁶², ne puisse pas venir tempérer l'application des règles du droit secondaire, singulièrement de celle qui oblige à réparer intégralement les préjudices⁶³.

L'affirmation de cette interaction entre le droit primaire des droits de l'homme et le droit secondaire de la responsabilité est particulièrement intéressante. Sauf erreur de notre part, il y a là un prononcé novateur. Il n'est en effet pas fait appel à une circonstance excluant l'illicéité (état de nécessité) pour excuser le non-paiement d'une dette, mais à une règle primaire agissant en amont de la détermination de celle-ci. La portée précise de cette référence à l'article 1, paragraphe 2, des pactes

57. ET, § 21 ; ER 21.

58. En ce sens, voy. P. d'Argent, *Les réparations de guerre...* (note 37), pp. 532-537.

59. ET, § 22 ; ER, § 22.

60. ET, § 19 ; ER, § 19.

61. L'article 42, paragraphe 3, du projet de 1996 de la CDI disposait qu'« en aucun cas la réparation n'a pour effet de priver une population de ses propres moyens de subsistance » : *Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 48^e session*, ACIDI, 1996, vol. II, Partie II, p. 70. Sur la critique par les États de cette proposition et les circonstances de son abandon, voy. P. d'Argent, *Les réparations de guerre...* (note 37), pp. 737-743.

62. ET, § 22, ER, § 22.

63. ET, § 19 ; ER, § 19.

demeure toutefois incertaine, puisque la Commission s'est en réalité contentée sur ce point d'évoquer cette interaction, sans en déduire des règles très spécifiques, ni des conclusions concrètes : elle indique en effet ne pas avoir eu à décider d'une réduction des condamnations en application de la norme énoncée par les pactes. La manière dont la Commission s'est exprimée à ce sujet suscite en outre une certaine hésitation : « *[i]n light of the circumstances, the Commission concluded that it need not decide the question of possible capping of the award in light of the Parties' obligations under human rights law* ⁶⁴. » La phrase est ainsi rédigée qu'elle paraît affirmer que les obligations des parties en matière de droit international des droits de l'homme commanderaient le plafonnement des sentences. Mais comment l'obligation de ne pas priver un peuple de ses moyens de subsistance pourrait-elle conduire à plafonner les sentences si cette obligation s'impose aux parties seulement ? Si l'obligation revient aux États, ne serait-ce pas leurs réclamations, plutôt que les sentences, qui devraient être plafonnées par l'effet de cette obligation ? Ce n'est toutefois pas ce que la Commission dit et il serait d'ailleurs absurde de considérer qu'une simple réclamation, du reste fondée sur l'obligation secondaire de réparer intégralement les dommages, puisse jamais être considérée en elle-même comme privant un peuple de ses moyens de subsistance, ou comme violant l'obligation de ne pas priver un peuple de ces derniers – même si elle pourrait constituer un abus de droit, voire une atteinte à l'obligation de ne pas mettre la paix et la sécurité internationales en danger ⁶⁵. On est donc conduit à penser que la position de la Commission revient à considérer que les parties n'étaient pas en droit, au regard de leurs obligations en matière de droits de l'homme, d'instituer un organe arbitral dont les décisions auraient pu conduire à priver un peuple de ses moyens de subsistance. Ceci signifie que la Commission elle-même est tenue de respecter cette obligation du droit primaire, puisqu'elle seule peut décider du plafonnement des sentences. Lorsque la Commission considère que l'article 1, paragraphe 2, commun aux pactes de 1966 constitue du « droit applicable » au sens de l'article 5, paragraphe 13, de l'accord d'Alger du 12 décembre 2000 l'instituant, il ne faut donc pas comprendre qu'il y aurait là une norme qui lui permettrait, en l'appliquant, de départager les prétentions contradictoires des parties – non : bien plus institutionnellement que matériellement, l'interdiction de priver un peuple de ses moyens de subsistance est une norme du droit primaire qui s'applique (dans le sens qu'elle s'impose) à la Commission, en limitant les pouvoirs quant à la teneur même de ses sentences. L'interaction entre le droit primaire des droits de l'homme et le droit secondaire de la responsabilité n'a donc pas pour effet d'éroder, dans ce dernier corpus juridique, l'obligation de réparer intégralement les dommages. C'est la raison pour laquelle la CDI a finalement décidé de ne pas introduire dans le droit secondaire de la responsabilité une forme de limite déduite de l'obligation de ne pas priver un peuple de ses moyens de subsistance ⁶⁶. Cette interaction se manifeste plutôt dans le chef de l'autorité habilitée à évaluer les dommages et à fixer le montant des réparations. Elle revient à lui imposer de tenir compte de la capacité de paiement du débiteur.

Tout cela paraît parfaitement raisonnable et bien fondé. Ce que la Commission omet toutefois de mettre en lumière, c'est le fait que tenir compte de la capacité de paiement du débiteur suppose d'avoir une conception temporelle de la dette et de la relation qu'elle établit entre le créancier et le débiteur. En effet, sur une période de

64. ET, § 23 ; ER, § 23.

65. Sur ces questions, voy. les développements dans P. D'ARGENT, *Les réparations de guerre...* (note 37), pp. 741-743. Lors de l'examen de la réclamation éthiopienne fondée sur la violation du *ius ad bellum*, la Commission fait référence à la nécessité d'aboutir à un règlement ne mettant pas en danger la paix : ET, § 315.

66. Voy. note 61.

temps infinie, même l'État le plus pauvre de la planète a une capacité de paiement illimitée⁶⁷. Tenir compte de la capacité de paiement du débiteur ne peut donc se concevoir en-dehors d'un cadre temporel définissant une période au cours de laquelle il sera amené à devoir régler sa dette, le cas échéant par le truchement de paiements successifs, tels des annuités. La capacité de paiement se calcule nécessairement par référence à cette période ; elle ne signifie rien hors d'une limite temporelle. Or, de cela, il n'est nullement question dans les sentences commentées, du moins explicitement. À leur lecture, on comprend toutefois que la Commission a voulu s'inscrire dans le cadre d'un règlement définitif et immédiat, permettant aux parties de « tourner la page » par un paiement unique. La capacité de paiement des parties est donc envisagée comme une question pratiquement instantanée, celle du moment (espéré fort proche des prononcés) auquel il sera donné exécution aux sentences. Il faut reconnaître qu'il n'y a aucune règle juridique obligeant ou interdisant d'étaler dans le temps le paiement d'une dette, pas plus qu'il n'y en a qui limiterait à un nombre d'années déterminé cet étalement. Les limites que l'on se fixe à cet égard sont donc dictées par des considérations politiques ou philosophiques, et non par des règles de droit. Et il est certain – l'histoire est là pour le prouver⁶⁸ – qu'il est politiquement intenable d'échelonner une dette d'une telle nature sur un grand nombre d'années. Le motif profond de cette limite politique tient sans doute à ce que, comme il a été rappelé ci-dessus, la *contribution* à la dette perce le voile de la personnalité juridique étatique et révèle concrètement les gens qui font l'État. On en arrive dès lors à une véritable question de philosophie morale, celle de la responsabilité collective des nations⁶⁹. Le problème de la capacité de paiement ajoute à cette question morale une redoutable dimension transgénérationnelle⁷⁰. Si l'on considère que 25 années séparent chaque génération, il est possible qu'on en arrive à considérer, sous la forme d'un jugement de bon sens, qu'il est politiquement difficile, voire moralement peu justifiable, de reporter sur plus d'une génération des dettes collectives infamantes. Bien que cela demeure hautement discutable, la capacité de paiement du débiteur ne pourrait donc s'envisager bien au-delà d'un horizon d'environ un quart de siècle, sous réserve toutefois de la gravité particulière de certains faits illicites. Un tel horizon temporel ne fut toutefois jamais celui de la Commission, le solde restant dû par l'Érythrée après compensation pouvant indiscutablement être payé par un versement unique.

67. P. D'ARGENT, *Les réparations de guerre...* (note 37), p. 743.

68. On ose à peine rappeler à cet égard que les derniers aménagements relatifs aux réparations dues en application du traité de Versailles envisageaient des paiements allemands jusqu'au 31 mars... 1988 ! La question de la durée d'un régime de réparations de guerre commence, après pratiquement 20 ans, à se poser au sujet de la Commission d'indemnisation des Nations Unies créée en 1991 à la suite de l'invasion du Koweït par l'Irak. En effet, au 31 janvier 2010, quelque 23,5 milliards de dollars américains devaient encore être versés, sur les 52,3 milliards alloués par la Commission aux différents bénéficiaires de ses décisions (<http://www.uncc.ch/status.html>). La question de l'étalement dans le temps du paiement du solde de cette dette se pose avec d'autant plus d'acuité que la part de la valeur marchande du pétrole iraquien affectée au fonds d'indemnisation est passée de 30 % à l'origine (résolutions 705 (1991) et 986 (1995)), puis à 25 % en décembre 2000 (résolution 1330), et enfin à 5 % afin de dégager les ressources nécessaires à la remise sur pied de l'appareil étatique iraquien à la suite de la guerre de 2003 (résolution 1483 (2003) et 1546 (2004)). Toutes choses étant égales par ailleurs (mais le prix du pétrole ne l'est pas, et les sommes allouées ne sont pas affectées d'un intérêt...), la division par quatre de la part de richesses affectées à solder la dette, prolonge d'autant la période de remboursement.

69. Voy. l'intéressant ouvrage édité par L. MAY/S. HOFFMAN (ed.), *Collective Responsibility, Five decades of debate in theoretical and applied ethics*, Bowman & Littlefield Publ., 1991, reproduisant 17 articles de référence en la matière.

70. Sur la différence entre la justice transgénérationnelle (entendue comme posant « la possibilité de transfert de dettes contractées entre (communautés de) contemporains d'une génération à la suivante ») et la justice intergénérationnelle (entendue comme « l'obligation de transfert d'une génération dans son ensemble au profit d'une autre »), voy. A. GOSSERIES, *Penser la justice entre générations : de l'affaire Perruche à la réforme des retraites*, Aubier-Montaigne, 2004, p. 41.

B. Réparation et contexte économique

Une deuxième justification juridique avancée par la Commission à l'appui de la prise en compte de la situation économique particulière des parties dans l'évaluation des dommages tient à la notion même de réparation. Renvoyant au célèbre *dictum* de la CPJI dans l'affaire de l'usine de Chorzów⁷¹, et rappelant que le dommage de l'État agissant en protection diplomatique se calcule sur celui subi par ses ressortissants ainsi protégés, la Commission considère que la fonction de la réparation ne saurait être punitive mais seulement corrective (*remedial*). En conséquence, elle estime que, en matière de protection diplomatique, l'indemnisation doit tenir compte de la situation sociale et économique réelle des victimes au nom desquelles l'État agit. Avant de reconnaître que les parties ont, en règle générale, quantifié leurs réclamations en tenant compte de la pauvreté de leurs ressortissants, la Commission conclut par cette formule : « *Compensation determined in accordance with international law cannot remedy the world's economic disparities* »⁷².

La formule, qui pourrait faire date, est-elle choquante ? Sans doute est-elle quelque peu abrupte, mais il est difficile d'en contester le bien-fondé juridique. En effet, si l'on comprend bien ce que réparer veut dire, il ne saurait y avoir un « tarif » universel de l'évaluation des dommages. En réalité, la formule est assez polcée et cache une réalité sordide : un mort d'Addis-Abeba ou d'Asmara ne vaut pas la même chose qu'un mort de Paris ; une jambe arrachée à Beyrouth n'a pas la même valeur que celle d'un new-yorkais ; un immeuble de Bamako n'a pas le même prix que son semblable de Moscou... Il ne s'agit donc plus, comme au sujet de la capacité de paiement, de tenir compte de la situation économique du débiteur, mais de tenir compte de celle du créancier de réparation. Juridiquement, la capacité de paiement du débiteur n'apparaît cependant pas comme le pendant de la situation économique du créancier. En effet, alors que, ainsi qu'on l'a relevé, la capacité de paiement du débiteur n'interfère qu'indirectement dans l'application des règles de la responsabilité internationale, la situation économique du créancier influe directement sur celle-ci, puisque pour déterminer concrètement l'ampleur de l'obligation de réparer, il faut évaluer les dommages, cette dernière opération ne pouvant se faire sans tenir compte du contexte économique propre aux victimes, dès lors qu'il s'agit de les rétablir dans la situation qui aurait dû être la leur si l'acte illicite n'avait pas été commis. Cela étant, confrontée à certaines violations considérées comme particulièrement graves et attentatoires aux personnes, la Commission décida de ne pas tenir compte de la seule situation économique des victimes lors de l'évaluation des dommages (voy. ci-dessus I, D et ci-dessous II, C, singulièrement en matière de viols).

En présence de deux parties aux situations économiques comparables, il n'y a pas eu de grand écart entre la valeur des préjudices et la capacité de paiement. Toutefois, si le créancier et le débiteur de réparations jouissent de prospérités dissemblables, il est probable que la question de la capacité de paiement prenne finalement le dessus sur celle de la réparation *in concreto*. En effet, dans l'hypothèse d'un débiteur pauvre et d'un créancier riche, l'évaluation des préjudices à la lumière des conditions économiques de ce dernier trouverait rapidement une limite dans la capacité de paiement du premier. Il se peut donc, dans un tel cas, que les dommages soient évalués à la baisse, sans tenir précisément compte de leur valeur réelle en fonction de leur contexte économique d'origine. Inversement, dans l'hypothèse d'un débiteur riche et d'un créancier pauvre, il est vraisemblable que la capacité de

71. *Usine de Chorzów (fond)*, arrêt n° 13, 1928, CPJI série A n° 17, p. 47.

72. ET, § 26 ; ER, § 26.

paiement du premier influence à la hausse l'évaluation des dommages du second, sous peine d'étaler au grand jour ce qui, autrement, pourrait être perçu comme un « achat » à bon compte du fait illicite. S'il n'y a donc pas de « tarif » des préjudices en droit international, et s'il est vrai que l'indemnisation en application des règles du droit international n'a pas pour vocation de corriger les inégalités économiques entre les nations, il n'empêche qu'une justice aboutissant à des évaluations profondément inégalitaires des mêmes préjudices, selon l'origine des victimes, risque de se décréditer moralement. Dans la relation créancier-débiteur de réparations, il est donc sans doute impossible de faire abstraction, au moment de l'évaluation des préjudices, d'une certaine forme de réciprocité.

C. Réparation et contexte socioculturel

Tout au long des deux sentences du 17 août 2009, la Commission fait preuve de sensibilité à l'endroit des cultures des parties et à l'influence que celles-ci peuvent avoir sur la détermination des dommages et sur leur évaluation. Évaluer *in concreto* un dommage suppose certes de tenir compte de la situation économique des victimes, mais aussi de leur contexte socioculturel. Bien entendu, on ne peut distinguer radicalement entre situation économique et contexte socioculturel, celle-là influençant celui-ci.

L'attention de la Commission à ce contexte l'a tout d'abord conduit à relativiser la distinction entre les dommages aux personnes et les dommages aux biens. Les indemnisations allouées concernent assurément ces deux types de dommages et la Commission en traite de manière distincte. Ceci relève toutefois de la seule commodité procédurale car, selon la Commission, il serait erroné de faire une différence rigide entre les réclamations des parties portant sur les biens et celles relatives aux personnes. Ceci tient au fait que « *in poor countries like Ethiopia and Eritrea, with low incomes and life expectancies, security of property often is vital to survival. Property such as livestock, farmers' tools, utensils and houses has a direct impact on one's possibility to survive. Thus, awards of compensation for loss or destruction of property frequently stem from serious threats to physical integrity* »⁷³.

Faut-il voir dans ce prononcé la résurgence d'une forme de libéralisme politique alliant propriété et liberté, se donnant de surcroît la bonne conscience de l'analyse culturelle ? Vu la composition exclusivement occidentale de la Commission et la nationalité de ses membres⁷⁴, il serait facile de qualifier cette approche de condescendance idéologique – si ce n'est d'idéologie condescendante. Aussi tentante qu'elle puisse être pour certains, une telle critique ne résiste toutefois pas à une lecture attentive et de bonne foi des sentences, et ne pourrait constituer une clé d'analyse très pertinente. Certes, il est sans doute inévitable que les arbitres aient été influencés par leur propre horizon idéologique et il n'est pas exclu que ce dernier ait pu orienter la manière dont ils ont compris le contexte socioculturel des parties, en fonction de leurs situations économiques. Il serait toutefois excessif d'affirmer que le rapprochement que la Commission a établi entre les atteintes à la propriété et celles à l'intégrité physique relèverait seulement d'une forme de libéralisme idéologique sans aucun fondement socioculturel réel.

Le contexte socioculturel des parties est particulièrement mis en avant par la Commission lorsqu'elle analyse leurs réclamations relatives aux viols de femmes et de jeunes filles. Tout en constatant avec soulagement que le viol ne fut pas

73. ET, § 4 ; ER, § 4.

74. La Commission est composée de quatre membres ayant la nationalité américaine (George H. Aldrich, John R. Crook, James C.N. Paul et Lucy Reed), son président étant belge (Hans van Houtte).

utilisé comme arme de guerre par les belligérants, la Commission n'en considère pas moins qu'il demeure difficile d'établir l'étendue véritable de ce phénomène et le nombre de ses victimes : « *The Commission, which acknowledged the cultural sensitivities surrounding rape in both countries and the unwillingness of victims to come forward, has no illusion that the record before it reveals the full scope of rape during the extended armed conflict. The Commission is acutely aware that the full number of victims and the full magnitude of the harm they suffered cannot and will not ever be known* »⁷⁵. En l'occurrence, la prise en compte du contexte socio-culturel lui permet d'indemniser des dommages dont l'ampleur n'est pas pleinement rapportée, et de le faire sans que la situation économique des victimes soit le seul facteur d'appréciation de la valeur du préjudice : « *the Commission [cannot] accept that estimated lifetime earnings have any usefulness in this context, or equate the financial impact of a rape with that of a beating* »⁷⁶. C'est à l'occasion du traitement indemnitaire des viols que le rôle joué par la gravité de la violation génératrice dans l'évaluation du préjudice (ci-dessus, I, D) transparaît le plus clairement, au point de rendre toute distinction dans l'horreur impossible, puisque la Commission a alloué aux deux parties le même montant (2.000.000 USD) pour leurs réclamations à ce sujet. Ces sommes peuvent paraître dérisoires, et il est clair que leur répartition entre les victimes n'aurait guère de sens, en plus d'être culturellement problématique puisqu'elle requerrait leur identification précise. Ceci explique que, tout en arrêtant ces sommes, la Commission a exprimé l'espoir que les parties les utiliseraient « *to develop and support health programs for women and girls in the affected areas* »⁷⁷. La réparation prend ainsi une tournure sociale que ne laisse pas présager le dommage individuel qui la justifie.

Un autre cas – relatif cette fois à la destruction de biens matériels et non plus à l'intégrité physique des personnes – dans lequel la Commission a expressément fait référence au contexte socioculturel des parties, est relatif à l'évaluation de dommages causés à des biens religieux. La Commission s'est à cet égard déclarée « *mindful of the central role of religious institutions in the life of [Eritreans and Ethiopian]* » et elle a reconnu « *the concern and distress many congregations experienced from the [damage and] desecration of those institutions* »⁷⁸. Tenant compte de la valeur culturellement unique de bon nombre de biens religieux détruits, la Commission a accordé un crédit particulier aux évaluations qui en étaient faites par les responsables religieux. Ici encore, on dira que c'est la gravité perçue du fait illicite qui influence son évaluation (ci-dessus, I, D). L'important est toutefois de voir que la Commission enracine cette gravité dans ce qu'elle estime être des réalités culturelles propres aux parties.

Au-delà des espèces tranchées, une lecture attentive des sentences du 17 août 2009 donne finalement à penser que les arbitres ont eu pour souci de relativiser la charge qui leur était confiée et de garder dans de justes limites les décisions qu'ils étaient amenés à prendre. La Commission a ainsi ramené l'exercice de justice dont elle fut saisie à sa vocation première : une manière de rationaliser des

75. ET, § 104 ; ER, § 234.

76. ET, § 107.

77. ET, § 110 ; ER, § 239.

78. ET, § 181 ; ER, § 89. Voy. encore, de manière moins spécifiquement reliée à la situation culturelle propre des deux parties : « *Damage to religious institutions is a particularly severe consequence of armed conflict that tears the fabric of the affected communities and deprives them of safe places of worship* » (ET, § 381).

prétentions irréalistes qui faisaient obstacle au retour à la paix négociée et qui, pour ne pas la retarder, ont été différées par leur soumission à une longue digestion bureaucratique organisée autour du principe du contradictoire et aboutissant par cela même – ainsi va la présomption – à un résultat raisonnable. L'humanité postmoderne y reconnaîtra la marque de la justice.