

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 —

DISSENTING OPINION BY Dr. EČER, JUDGE "AD HOC"

[*Translation*]

I agree with Judge Krylov's declaration for the following reasons :

(1) Interpretation of Article 53 of the Statute

The Judgment gives an interpretation of Article 53 of the Statute. The dominating idea in this interpretation is, to my mind, as follows : the default of the respondent—and Albania is the respondent party in the present stage of proceedings—cannot be deemed to be a recognition of the claim and the facts alleged by the applicant. Consequently, the Court is compelled by Article 53 to examine the assertions of the applicant and to satisfy itself that the submissions in the Application are well founded in fact and in law. But in that case, the Court's responsibility is, so to speak, "diminished". The Court is not obliged to examine the facts alleged by the applicant with the same exactness as in the case of an issue raised by the respondent. But I cannot accept this interpretation of Article 53. To begin with, in this case the Court is not faced with a simple default, referred to by Article 53 in the first place : the respondent, having received a copy of the claim (the Memorial), does not reply. Further, when convoked to a public sitting, he does not appear, or he appears and remains silent. Albania did nothing of the sort ; on the contrary, both in the written and in the oral procedure she disputed the United Kingdom's claim in fact and in law. She did not take part in the present stage of proceedings for a juridical reason recognized even by the minority of 6 Judges. The present stage of proceedings is not a new case, such as, in my view, is primarily referred to in Article 53, but the final stage in a case that has to be considered as a whole, from the date of the Application—or at any rate of the Special Agreement—to final judgment.

In the present proceedings, therefore, the Court is faced with a situation somewhat different to that referred to in Article 53. The interpretation of Article 53 therefore, in these proceedings, cannot be the same as in a case of pure default.

The words in Article 53 : "The Court must satisfy itself", are clear. "Satisfy itself" is only a synonym for the "firm conviction" of a Judge. The methods of proof themselves are given in the Rules of Court : documents, witnesses, experts, etc. The whole constitutes "judicial proof". An interpretation seems to me superfluous. The only "penalty" that a defaulting respondent incurs, according to Article 53 of the Statute, is this : the Court's task is solely to consider and give judgment on the submissions of the

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.

applicant—whether the claim is well founded in fact and law. The Court's task is therefore made easier only in the sense that it does not consider the submissions of the respondent. That is all. But the Court is obliged to consider the assertions (submissions) of the applicant with just the same care and precision, whether the respondent appears or not.

(2) The rule of *non ultra petita*

This general rule of law within the meaning of Article 38 involves a question of procedure. After pointing out that the amount of compensation claimed by the United Kingdom for the loss of the *Saumarez*, based on 1946 values, is somewhat lower than that assessed for the same damage by the experts, the Judgment decides that the amount claimed by the United Kingdom Government is justified because of the rule *non ultra petita*. Thus a problem rises: can this rule influence the selection of the basis of calculation (1943-1946-1949), or not. In my opinion, the rule *non ultra petita* cannot influence the Court in this matter. If, in determining the replacement value of the *Saumarez*, the Court must have regard to the moment of the unlawful act, or to the moment of the award of compensation (of the judgment), the problem cannot be settled with the help of the rule above mentioned. In my view, the Court, without any reference to this rule, must decide, in the first place and on grounds of law, and not of mathematics, what basis is juridically to be adopted. And if the figure estimated on this basis is higher than the sum claimed, the Court must limit its award in accordance with the rule *non ultra petita*.

(3) The reasons for the Judgment

In my view, the Judgment does not give sufficient grounds for the amount and the calculation of the compensation for the loss of the *Saumarez* and the damage to the *Volage*. The Judgment compares the United Kingdom figures with those of the experts and decides in favour of the former. To begin with, the Judgment makes hardly any reference to the many United Kingdom documents accepted as evidence of damage. I consider that something should have been said on their value as evidence. Then, the Judgment does not submit the expert enquiry to a similar examination. According to a quite general rule of procedure, the Court is not bound by the opinion of experts. The Court may reject or accept it; but it must always give sufficient reasons. This was specially necessary, since Albania had informed the Court that she had observations to submit on the experts' Report, and since even Great Britain informed the Court that it had observations to make, but did not wish to submit them.

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 :

(4) Amount of compensation claimed

This is essentially a point of substantive law. It should have been dealt with less briefly in my opinion, having regard to the importance of the case. Just a few words were, I consider, necessary on the law that governs the amount of compensation :

(a) The Judgment of April 9th, 1949, stated that "grave omissions" involved the international responsibility of Albania (p. 23). The consequences were certainly grave. But an omission involving the responsibility of a State must be a culpable omission.

But what was the degree of *culpa* ? *Dolus*, *culpa lata*, *culpa levis* ? The words "grave omissions" seem to eliminate *culpa levis*. But in my view, the Judgment should have been more precise on this point. A finding as to the degree of culpability (e.g. *culpa lata*) would form juridical grounds for the decision on *damnum emergens* (the positive damage ; out-of-pocket loss). A few words might thus be said on the relationship between the degree of culpability and the amount of compensation.

(b) Lastly, the juridical value of the Judgment would have been increased by a few short observations on causality as a juridical element for determining the amount of compensation. I consider it would be useful, and even necessary to state that the United Kingdom claim amounts to a claim for *damnum emergens*, a notion that *grosso modo* corresponds to those of "direct", or "necessary", or "inevitable", or "proximate" consequences, used in a number of decisions of international tribunals.

(5) Estimation of damage

Here I confine myself to compensation for the loss of the *Saumaréz* ; for that is, in point of law, the vital question. The United Kingdom claimed £ 700, 087 under this head. The experts estimated the damage at £ 716,780.

There does not, and cannot exist a universal rule for calculation. Cases differ from one another. Some involve one or several special circumstances, e.g. the present case, which concerns the loss of a warship. It is evident that the calculation would be simpler and the estimate of the damage in figures would be easier if it were a merchant ship. Commercial values have currency as a common denominator, and are more susceptible of calculation in money. But with all reservations and limitations, there are nevertheless two questions of law common to all cases, if something has been lost through an illegal act, and if restitution in kind is not possible, as in the present case :

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

(1) the question of the moment to be taken by the judge in estimating reparation for the loss. Should it be the moment of the illegal act, or of the court's decision; or the moment when the thing was made?

(2) the question of the conditions under which and the extent to which a sum corresponding to the depreciation of the thing (such as would have occurred if the thing had remained in its owner's hands), should be deducted from the amount of the replacement value.

In regard to (1) the basis of calculation. In the present case there are three possible bases: 1943, 1946, 1949.

(a) The 1943 basis. The order to proceed with the construction of the *Saumarez* was given by the United Kingdom Government to a company at Hebburn-on-Tyne, on January 9th, 1941; the vessel was handed over after completion and received into the service of the Royal Navy on July 1st, 1943 (Mr. Powell's affidavit, paragraph 4). The actual recorded cost of construction of the ship was £ 554,678 (paragraph 5 of affidavit). If the loss of the *Saumarez* is calculated in figures corresponding to ship-building costs in 1943, this decision may be justified by the fact that the sum represents the actual damage sustained by the United Kingdom. The rise or fall in prices is a factor not depending on the author of the illegal act, and therefore one for which he cannot be held responsible. There is no causal connexion between the illegal act and the rise or fall of prices. For this reason, the cost of construction actually paid in 1943 might be taken as the figure for the actual loss of the *Saumarez*.

(b) The 1946 or 1949 basis

Salvioli, in his lectures on *La responsabilité des États, la fixation des dommages et intérêts par les tribunaux internationaux* (*Recueil des Cours*, 1929, III, pp. 239-240), says: "The Mixed Arbitral Tribunals introduced the following distinction: where objects were intended to be resold, a sum must be awarded which corresponds to the value of the objects at the time of the act which damaged them—and as regards the decisions mentioned above, at the time of dispossession; on the other hand, if the object is property which the owner would have *kept and used as such*, the replacement value must correspond to its mercantile value at the *date of the award of compensation*" (the italics are the author's). Salvioli expressly refers to the judgment in the Chorzów case.

The grounds for the decisions of the Mixed Arbitral Tribunal and that of the decision of the Permanent Court of International

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

Justice in the Chorzów case, on this subject, are stated in the decisions themselves and in the works of several writers who have dealt with the question, and I need not quote them.

In my opinion, these reasons are convincing, and there is no juridical ground for a decision to adopt the moment of the illegal act in such a case.

But a difficulty arises in determining the commercial value at the time of the decision, if the property had no commercial value—as in the present case, where it is a warship that has no commercial value.

According to Roth (*Schadenersatz*, 1934, p. 102), in such a case, “the judge must determine the value *ex æquo et bono*, taking account of the special circumstances”.

The Court places itself at the moment of the illegal act ; but the Judgment gives no juridical reason for this decision.

(2) Depreciation

The question arises whether there are juridical reasons for deducting a sum in respect of the depreciation of an object, if that object remains in the hands of the owner. The international and national jurisprudence of every country answers this in the affirmative. The experts gave the same reply. They calculated the compensation for the loss of the *Saumarez* in such a way as to deduct 3% for three years of the vessel's “life” (1943-1946), from the cost of building in 1946. At the Court's meeting on December 3rd, 1949, they also gave the rate of this depreciation. It seems that this is quite justified.

I again refer to Salvioli, who expressed the following opinion : “The Court must take account of an increase or decrease in value which the object would have undergone if it had remained in its owner's hands, and if it had not suffered from the illegal act.”

When the Judgment agrees with the figure claimed by the United Kingdom as compensation for the loss of the *Saumarez*, it implicitly rejects the rule that a sum in respect of depreciation must be deducted from the building costs, without assigning any reason in law for doing so. What would be the effect of this principle in practice is a matter of calculation.

(Signed) Dr. B. EČER