

L'*arc-en-ciel* et le droit **Quelques observations plus de vingt ans après un arbitrage^{*1}**

François TERRE
Membre de l'Institut

RESUME. — En 1985 des agents français font sauter un navire – le *Rainbow-Warrior* (combattant de l'*arc-en-ciel*) – dans le port d'Auckland. La réparation du dommage subi par Greenpeace donne lieu à un arbitrage. Quelle loi appliquer ? Quels dommages et intérêts ? Ordinaires ? Aggravés ? Punitifs ?

Mots-clés : dommages-intérêts, réparation

L'affaire du *Rainbow Warrior* a fait couler tellement d'encre qu'on ne saurait dire quelque chose de nouveau à son sujet, qu'il s'agisse de la décision de son exécution ou de ses suites. Et pourtant ! Ainsi que l'observait si finement le professeur Bruno Oppetit, il n'y a plus de confidentiel, dans toute cette aventure, que la sentence arbitrale qui a pris effet à Genève le 30 septembre 1987. Plus de vingt ans après, il convient de faire la part du fait et du droit, de la politique et de la science, du temps et de l'éternité.

Lorsque le tribunal arbitral s'est prononcé, il était notoire que, depuis une quinzaine d'années, Greenpeace déployait une activité importante pour la protection de l'environnement, notamment contre l'arme atomique. C'est ainsi qu'après diverses campagnes (1972, 1973), elle en organisa une nouvelle contre les essais atomiques souterrains que la France projetait de mener à Mururoa, dans le Pacifique. Sans pénétration dans les eaux territoriales

¹ Le tribunal arbitral international appelé à se prononcer en 1987 au sujet de l'indemnisation des dommages causés par l'attentat commis en 1985 dans le port d'Auckland était composé de : Claude Reymond, avocat au Barreau vaudois, professeur associé à la Faculté de droit de l'Université de Genève, Président ; Sir Owen Woodhouse, membre du Conseil privé, ancien Président de la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande ; François Terré, professeur à l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris. Il est habituel que la sentence soit rédigée par le Président du tribunal arbitral. Que Claude Reymond en soit, ici même, remercié de son œuvre remarquable. L'avis dissident est naturellement dû à la plume de Sir Owen Woodhouse. – V. Claude Reymond, « The Rainbow Warrior Arbitration between Greenpeace and France », in *Journal of International Arbitration*, Worner Publishing Company, Genève, mars 1992, vol. 9, n° 1, p. 91.

françaises, il s'agissait d'envoyer au voisinage de Mururoa un navire de ravitaillement, le *Rainbow Warrior* servant au ravitaillement de cinq autres bâtiments d'une flottille propre à obliger les autorités françaises à « employer huit bateaux pour interdire l'entrée des eaux territoriales à la flottille de Greenpeace, ce qui, pour les dirigeants de Greenpeace, devait avoir le double avantage d'immobiliser huit unités de la flotte française et d'attirer l'attention de l'opinion publique sur les essais atomiques de Mururoa » (sent. n° 35).

La suite est bien connue et reconnue. Dans la nuit du 10 juillet 1985, des agents français, agissant sur ordre, ont fait sauter le *Rainbow-Warrior*, dans le port d'Auckland (Nouvelle-Zélande). Les personnes à bord quittèrent le navire. Toutefois, un citoyen néerlandais, Fernando Pereira, se trouvant sur le bateau lorsqu'il sauta, fut tué. Le gouvernement reconnut ultérieurement les faits. Deux agents de la Direction Générale de la Sécurité extérieure (DGSE), arrêtés en Nouvelle-Zélande, plaidèrent coupables et furent condamnés à dix ans de prison le 22 novembre 1985 par le *Chief Justice* de la Nouvelle-Zélande.

Faute de règlement diplomatique, la France et la Nouvelle-Zélande ont demandé à Monsieur Perez de Cuellar, Secrétaire général des Nations Unies, de régler leur différend. Sa décision, en date du 7 juillet 1986, se prononça sur diverses questions : excuses de la France, condition de la remise à la France des deux officiers de la DGSE... S'agissant de la réparation du dommage subi par Greenpeace, un compromis d'arbitrage, conclu entre l'État français et Greenpeace, fut signé le 23 décembre 1985. En application de cet accord, le tribunal arbitral a rendu sa sentence.

À partir de l'arbitrage auquel il fut recouru, cette décision intéresse le droit international à un double titre : quant au choix de la loi applicable ; quant à l'application de la loi anglaise.

I

Aux termes du compromis d'arbitrage (art. 4, d), il était prévu : « Le tribunal statuera en droit. Il devra préalablement déterminer laquelle des lois revendiquées par les parties, à savoir, selon les cas, la loi française, la loi néo-zélandaise, ou la loi anglaise, à l'exclusion de toute autre, devra être appliquée pour régir au fond le litige qui lui sera soumis ». Il était aussi prévu que l'arbitrage se déroulerait à Genève, ce « sans que la détermination du siège de l'arbitrage ne puisse en quelque façon que ce soit influencer sur le choix de la loi applicable au fond du litige ou des règles de procédure » (art. 4, c).

Une question préalable semblait devoir commander le choix de la loi applicable, car il s'agissait de savoir si cette détermination se situait dans le cadre du droit international public, dont nul ne contestait la violation dans les rapports entre la France et la Nouvelle-Zélande, dans celui du droit (international) privé, voire dans l'un et l'autre cadre. À vrai dire, il n'est pas apparu finalement nécessaire de choisir, compte tenu du fait qu'en matière de calcul d'un dommage ou d'une fixation de sa réparation, les tribunaux internationaux

« recourent le plus souvent à l'application analogique ou directe des règles d'un ou de plusieurs droits internes » (sent. n° 45).

C'est dans ce contexte qu'a été alors choisie la loi applicable, ce qui a été caractérisé de deux manières : par l'exclusion de la loi française, par l'adoption de la loi anglaise.

A. – *L'exclusion de la loi française*

Dans une zone où se manifeste qu'on le veuille ou non une inter-pénétration du public et du privé, plus précisément de l'État et des particuliers, deux considérations pouvaient être discutées relativement à l'application de la loi française, l'une en termes de privilège, l'autre en termes d'éléments de rattachement.

1 – L'État français, partie à l'instance arbitrale, a soutenu qu'il bénéficiait d'un privilège en vertu duquel il ne pouvait être jugé que suivant son propre droit. Mais il eût fallu, pour que l'argument puisse prospérer, « qu'il existe un principe de droit international public ou un principe général en vertu duquel un État doit toujours être jugé en application de son propre droit lorsqu'il est opposé à des particuliers, même s'il comparait devant les tribunaux d'un autre État ou devant un tribunal arbitral international appelé à appliquer un système de droit privé » (sent. n° 46). Tel n'est pas le cas. L'on constata bien alors une oscillation entre le public et le privé, là où on se trouve en zone mixte ou alternative, spécialement quant au recours de l'État à l'arbitrage lorsqu'il s'agit de rapports de droit privé. Au demeurant, par le fait même qu'aux termes d'un acte lié à l'intervention du Secrétaire général de l'ONU, l'État français n'avait pas exclu le choix d'autres lois que la loi française, la prétention ne pouvait guère prospérer.

2 – D'autant plus que, s'agissant des éléments de rattachement, envisagés suivant les raisonnements des plus classiques, on devait bien se demander si, s'agissant non plus de la faute commise – et reconnue –, mais de la détermination du dommage subi, ni la nationalité des « auteurs médiats et immédiats », ni le fait que l'État français ait été considéré, d'ores et déjà, comme responsable et soit partie à l'instance, ne pouvaient être retenus comme décisifs par rapport à d'autres données.

C'est pourquoi la loi française a été écartée.

B – *L'adoption de la loi anglaise*

Restait à opérer un choix entre la loi néo-zélandaise et la loi anglaise. La première venait aussitôt à l'esprit puisque, en matière de responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle, la *lex loci delicti* prédomine et que l'attentat s'était produit dans le port d'Auckland. La préférence accordée à une autre loi

relevant, en matière de *torts*, d'une même conception et d'un même système, pouvait de prime abord paraître superfétatoire. Pourtant, l'existence de l'octroi de dommages-intérêts exemplaires (*punitive damages*) plus ou moins élevés, laissa subsister la nécessité d'un choix.

Il convenait en conséquence de recenser les divers éléments significatifs de rattachement avant de se prononcer sur la loi applicable.

1 – En termes de rattachement à la date de la sentence, quelques précisions s'imposent. Tout d'abord, la *Fondation Greenpeace Conseil* (*Stichting Greenpeace Council*) est une fondation de droit néerlandais dont le siège est à Amsterdam et comporte des « divisions » nationales dans neuf pays ; son quartier général est en Angleterre. Quant au *Rainbow Warrior*, il est la propriété des *Galleas Limited*, société relevant du droit des Îles Cayman. Il avait été affrété en 1984 à Greenpeace (*Rainbow Warrior Holdings Limited*), société de droit anglais dont les actions appartiennent à diverses entités de par le monde. Divers accords de licence portent aussi sur l'utilisation du nom « Greenpeace ».

C'est à partir de ces données qu'il appartenait au Tribunal arbitral de se prononcer au sujet du choix de la loi du lieu du délit quant à la réparation du dommage.

2 – Le tribunal a constaté que la référence à la *lex loci delicti* avait perdu une partie importante de son autorité depuis le milieu du XX^e siècle. Il était naturel que cette évolution soit au centre des prétentions développées de part et d'autre, à telle enseigne que, sur ce point, l'arbitre néo-zélandais, favorable en l'occurrence à la *lex loci delicti* a émis en ce sens une opinion dissidente. À l'appui d'une position contraire, l'évolution des droits concernés s'était opérée de manière notable² au sujet d'accidents d'automobiles, les tribunaux faisant alors prévaloir la loi du domicile commun des parties sur le lieu du dommage.

Le contexte de *common law* dans lequel se trouvait le débat, relativement aux conséquences dommageables de l'agression a conduit les parties à se référer à un modèle inspiré du droit américain, plus précisément au *Restatement of the Law of the Conflict of Laws*, étant observé que celui-ci n'a pas force de loi même au États-Unis et qu'il ne s'agissait pas d'en accepter nécessairement les présupposés philosophiques ni de le prendre en considération comme un système de droit international privé.

Or, si la première édition de ce *Restatement* achevée en 1934 se prononçait en faveur de l'« application quasi-automatique » de la *lex loci delicti*, la seconde édition avait retenu, en 1969, la formule beaucoup plus souple suivant laquelle « la loi interne de l'État qui a le rapport le plus significatif avec les circonstances de fait et avec les parties détermine le droit et les obligations délictuelles » (*Restatement* n° 145, 1) et ceci en rapport avec la question

2 v. par ex. *Babcock v. Jackson*, Court of Appeals de New-York, [1963] 191 NE 2d 279 ; *Boys v. Chaplin*, Chambre des Lords (1971) A.C. 356.

(« *issue* ») posée. Or, il s'agissait, pour le tribunal, non pas de se prononcer sur la responsabilité de l'État, mais – répétons-le – sur « le seul litige subsistant entre les parties, à savoir la question du montant des dommages et intérêts » à payer à Greenpeace (Compromis, art. 4, b).

Il est intéressant d'observer que les parties au procès n'ont pas contesté l'intérêt attaché à ce texte, mais n'en ont pas retenu la même interprétation, ce qui a aussi marqué la divergence illustrée par l'opinion dissidente de l'un des arbitres.

Le tribunal s'est à la majorité prononcé en faveur de la loi anglaise. Le dernier alinéa du n° 51 de la sentence peut bien être cité : « En conclusion sur ce point, le litige porte sur l'indemnisation du préjudice subi par des organisations liées à l'Angleterre ou au Royaume-Uni, à la suite de la perte d'un navire battant pavillon britannique (les Îles Cayman étant une colonie de la Couronne). Par effet réflexe, des organisations établies dans seize pays, mais toutes liées à la fondation dont plusieurs constituent ses "divisions nationales", demandent la réparation du préjudice qu'elles disent avoir subi de ce chef. Le pays avec lequel les demandeurs entretiennent les liens les plus étroits parce qu'il est le centre de leur activité et leur quartier général (*headquarter*) est incontestablement le Royaume-Uni et plus spécifiquement l'Angleterre. C'est également l'Angleterre qui est le pays qui a le lien le plus étroit avec le dommage matériel dont la réparation est en cause dans l'espèce. »

II

Il n'y avait donc plus qu'à appliquer le droit anglais quant à la seule réparation subie par divers demandeurs à l'action. Opération pour le moins délicate, du moins si l'on n'était pas, de prime abord, familier de ce droit. Mais l'on sait que l'arbitrage mène à tout surtout lorsqu'il est international. Trois sortes de dommages peuvent, à cet égard, être retenus : 1) ceux qui étaient principalement d'ordre matériel quant à la perte du bateau ; 2) ceux qui appellent des dommages-intérêts aggravés ; 3) ceux qui pourraient relever de la catégorie des dommages-intérêts punitifs.

A. – *Dommages-intérêts matériels*

S'agissant des dommages matériels – ou économiques –, on s'en tiendra ici à la réparation de la perte du navire. Le tribunal arbitral a suivi un raisonnement commun au droit anglais et aux droits continentaux européens suivant lequel il faut replacer la victime dans la situation qui serait la sienne si l'accident – ici, l'attentat –, ne s'était pas produit. Parce qu'il y avait eu destruction complète, on se demanda s'il existait un marché sur lequel se négociait un pareil bien, en d'autres termes s'il avait une valeur marchande. Cela aurait conduit à attribuer à la victime le prix de remplacement correspondant à celui d'un bien usagé qu'on pourrait acquérir sur le marché, augmenté, le cas

échéant, du coût des transformations nécessaires. Des explications des parties, il n'est pas résulté qu'il en était ainsi. Dès lors, en application du droit anglais, le tribunal a retenu une indemnité correspondant à l'acquisition d'un navire neuf. C'est de la sorte qu'on ne tient pas compte de la différence du vieux au neuf, ce qui aboutit nécessairement à accorder à la victime une somme dépassant le montant de sa perte, mais s'explique par le fait que, s'il en était autrement, elle n'obtiendrait pas le remplacement effectif du bien détruit. À l'issue de ce raisonnement, l'un des enseignements du droit comparé se rappelait au souvenir des arbitres : la ressemblance des solutions par des chemins différents, et encore pas tellement puisque ce sont les juridictions des États qui se sont largement retrouvées. Il devait en être autrement au sujet des autres chefs de dommages.

B. – *Dommages-intérêts aggravés*

Les demandes de Greenpeace comportaient en effet la référence à des dommages-intérêts aggravés (*aggravate damages*). Cette notion n'est pas, en tant que telle, connue du droit français. Elle correspond, toujours du côté de la victime, à des préjudices qui ne peuvent être évalués avec précision (diffamation, poursuites non fondées, atteintes à l'intégrité physique (*battery*), tromperie (*deceit*), discriminations sexuelles ou raciales)³. Leur détermination, comparée à celle du droit français pour de semblables dommages, conduit à se référer aux solutions retenues par celui-ci non seulement quant au dommage moral, mais aussi quant à certains termes du dommage corporel. Cette fois, la différence des approches est évidente. Et si l'on s'aventurait à la recherche d'une explication, on pourrait discerner des différences de perspectives quant au choix des catégories suivant les variations possibles, pas nécessairement concordantes, du concret et de l'abstrait, du particulier et du général.

Se référant à la catégorie des dommages-intérêts aggravés, Greenpeace demandait réparation de l'atteinte portée à son image, à sa réputation et à sa dignité par l'attentat commis. À quoi l'État français répondit qu'une « personne morale » ne pouvait pas subir un tel dommage, dans son honneur et sa dignité, faute de pouvoir ressentir des sentiments. Le déroulement de la procédure et des argumentations – y compris quant à la portée attachée à une décision de la *High Court* et à la règle anglaise du précédent – conduisit le tribunal à considérer qu'une personne morale – ou encore un complexe de personnes morales – pouvait subir le préjudice envisagé, ce qui est d'ailleurs le cas dans les droits romanistes. D'où l'octroi de dommages-intérêts aggravés pour l'atteinte aux sentiments d'honneur et de dignité, mais non pour l'atteinte à la réputation.

3 v. not. Markesinis et Deakins, *Tort law*, 6^e éd. 2007, p. 942.

C. – *Dommmages-intérêts punitifs*

À l'évidence, s'il est intéressant de dégager dans l'affaire rappelée une philosophie de la sentence, c'est surtout au sujet des *punitive damages* (dommmages-intérêts punitifs – on dit aussi exemplaires –) que la sentence est intéressante. Pour un juriste de droit continental, il s'agit là d'une catégorie liée au comportement particulièrement fautif de l'auteur du dommage et propre à fonder des augmentations parfois très fortes des indemnités. Quand les auteurs français en font état, ils se réfèrent volontiers à l'idée de peine privée toujours plus ou moins latente dans l'appréciation des dommmages-intérêts⁴. Le fait est que l'intérêt attaché à cette notion, spécialement en droit américain, s'est développé en *Common law*. La demande formulée par Greenpeace pouvait de prime abord apparaître d'autant plus fondée que les autorités françaises, après avoir, en 1985, tergiversé pendant deux mois, ne cessaient plus de battre leur coulpe, relativement à un si regrettable événement.

Ce qui mérite attention ici, c'est le seul intérêt scientifique attaché au refus par le tribunal – à sa majorité il est vrai et non sans avis dissident de l'arbitre néo-zélandais – d'octroyer des dommmages-intérêts punitifs. À cela se borne la suite du présent propos. On négligera ici la contestation née de l'interprétation de la convention d'arbitrage : celle-ci ne comportait ni explicitement, ni implicitement, exclusion de la possibilité pour Greenpeace de réclamer des dommmages-intérêts punitifs.

1. – Nécessairement le fait qu'un État soit défendeur impliqua des préalables. L'État français fit précisément valoir que le droit international public ignorait les dommmages-intérêts punitifs. L'argument n'a pas prospéré car, si ce droit était bien à l'origine de l'arbitrage, celui-ci n'était pourtant pas un arbitrage de droit international public, la convention d'arbitrage, signée d'ailleurs bien avant la saisine du Secrétaire général des Nations Unies, ne prévoyant pas d'autres lois applicables que trois lois de droit privé. En outre si, en droit interne français, l'État ne peut compromettre, cette règle n'est pas d'ordre public international⁵.

Cela ne suffisait pas en termes de droit public, pour deux raisons. D'abord, parce que le fait dommmageable résultait d'un acte de gouvernement excluant toute responsabilité de l'État (*Act of State doctrine*) ce qui semblait exclure à tout le moins l'octroi de dommmages-intérêts punitifs, et pouvait alimenter une discussion en termes soit de compétence, soit de défense au fond. Mais l'État français, par l'effet même de la convention d'arbitrage, s'était privé de la possibilité de remettre de la sorte le principe de sa responsabilité.

Restait, dans le même ordre d'idées, un problème lié à la qualité du défendeur même si celui-ci avait conclu l'arbitrage. Traditionnellement, une vieille règle de *common law* voulait que le Roi ne puisse mal faire. Cette

⁴ v. not. G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, 3^e éd. 2008, n° 74-5.

⁵ Cass. civ. 2 juin 1966, *D.* 1966, 575, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 553, *Rev. arb.* 1966, p. 99.

irresponsabilité de la Couronne devait mettre obstacle à la condamnation de celle-ci à des dommages-intérêts punitifs, ce qui n'excluait pourtant pas la condamnation de fonctionnaires. Certes, le *Crown Proceedings Act* de 1947 avait réformé la matière et permis d'attaquer directement la Couronne, mais, de l'article 11 de cette loi, il résultait que celle-ci ne pouvait être rendue responsable pour des actes commis par du personnel militaire agissant en exécution d'ordres reçus dans un but de défense du Royaume. N'était-ce pas précisément, *mutatis mutandis*, la même situation, a soutenu l'État français dans l'affaire soumise au Tribunal arbitral ? Il y avait là une discordance par rapport à l'énumération des cas de *punitive damages* admis par le droit anglais (« by the *oppressive arbitrary or unconstitutional action by the servants of the government* », *Rookes v. Barnard*, *leading case*, 1964, A.C. 1129, 1226). Mais la Chambre des Lords avait fait prévaloir dans de telles circonstances la condamnation des autorités publiques⁶. De surcroît, il n'a pas été établi que les dispositions du *Crown proceedings Act* de 1947 pouvaient être invoquées, en droit anglais, face aux actions ouvertes contre un État étranger. C'est dire que là encore les prétentions de l'État français ne pouvaient être accueillies.

2. – C'est donc sur le fond que le débat s'est vraiment déroulé, du point de vue non pas d'un tribunal anglais, mais « d'un tribunal appelé à appliquer le droit anglais dans un arbitrage international ». Dans cette perspective, il a été considéré, suivant l'orientation du droit anglais, que l'octroi de dommages-intérêts y constitue une « anomalie » que, dans la décision *Rookes v. Barnard*, l'on avait entendu limiter⁷. Anomalie d'autant plus incontestée qu'on se demande s'il n'aurait pas été concevable que soit contestée au nom de l'ordre public interne ou international du siège de l'arbitrage, c'est-à-dire la Suisse, la condamnation à de tels dommages-intérêts. Il était d'ailleurs constaté que le caractère pénal de ceux-ci pouvait expliquer cette restriction. Ajoutons que les dommages-intérêts punitifs étaient inconnus en dehors de la *common law*. Et là encore, du fait d'un contrepoint de droit international public, il fallait bien observer qu'en matière de responsabilité internationale des États, il n'y avait pas de place pour des dommages punitifs à caractère de sanction⁸.

Il convenait donc de poursuivre le raisonnement spécialement à partir des cas retenus par Lord Devlin dans une conception restrictive, limitant l'octroi des dommages-intérêts punitifs suivant les cas retenus par la jurisprudence antérieure. Le premier est celui d'une « *oppressive arbitrary or a unconstitutional action by the servants of the government* » (p. 1226). Le tribunal arbitral a considéré « qu'il y avait lieu d'appliquer au cas d'espèce la définition de Lord Devlin. Recourir à l'explosif, avec un appui logistique important, pour faire couler le bateau d'une organisation écologico-pacifiste, à seule fin d'empêcher

6 *Attorney-General of St. Christopher, Nevis and Anguilla, v. Reynolds*, 1980, A.C. 637.

7 v. Lord Devlin, AC 1129, art. 1203 ff.

8 v. P.A. Bissonnette, *La Satisfaction comme mode de réparation en droit international*, Genève, 1952 ; Christian Dominicé, « La satisfaction en droit des gens », *Mélanges Georges Perrin*, 1984, Lausanne, p. 91 et s.

son intervention à l'encontre des essais de Mururoa, constitue indiscutablement un abus de pouvoir particulièrement grave » (n° 131). À l'inverse, le tribunal arbitral n'a pas retenu la référence de Greenpeace au second cas prévu par Lord Devlin et correspondant à l'hypothèse d'une disproportion entre un préjudice, peut-être minime, et le gain réalisé par l'auteur du dommage. Or, le préjudice subi par Greenpeace était largement couvert par les dommages-intérêts alloués par le tribunal. Au surplus, rien ne permet de relever que des considérations de coût aient joué un rôle dans la décision de couler le *Rainbow Warrior*.

L'existence d'une situation correspondant au premier cas retenu par Lord Devlin n'entraînait pas nécessairement le droit de Greenpeace à des dommages-intérêts punitifs. Encore fallait-il procéder à un examen des motifs et des actes du défendeur. S'il ne pouvait être admis, comme l'a plaidé l'État français, que les campagnes de Greenpeace étaient illégales, cela ne suffisait pas à exclure l'analyse de ses motivations. Le tribunal l'a relevé : « L'État français a souligné qu'il s'agissait d'assurer le bon fonctionnement d'expériences touchant à la défense nationale. Le Tribunal accepte cet argument » (sent. n° 139).

Le numéro 140 de la sentence doit être cité : « Tout au long de cet arbitrage, Greenpeace s'est présentée comme un paisible manifestant, exerçant un droit reconnu par tous les États démocratiques. L'instruction a démontré toutefois que, dans de nombreux cas, Greenpeace ne s'était pas contentée de manifester publiquement son opposition aux essais atomiques organisés par la France, mais qu'elle avait mis sur pied ce qu'elle appelle elle-même des "actions" qui visaient à perturber et, si possible, à empêcher ces essais (v. *supra*, n° 35). On ne saurait assimiler de telles campagnes aux manifestations organisées sur la voie publique, le plus souvent avec l'autorisation de la police, telles qu'on les voit en Europe et aux États-Unis. Il s'agit d'autre chose, dont un certain élément de provocation n'est pas absent ».

À l'appui de sa demande, Greenpeace plaida aussi que seule une condamnation à des dommages punitifs serait de nature à dissuader l'État français de recourir à la violence pour faire échec à ses entreprises, ce qui se relie, en droit anglais, à l'hypothèse d'un responsable qui soutient que son action était licite. Mais cette thèse, relève le Tribunal dans sa sentence sur ce point majoritaire (n° 143) « n'est pas admissible à l'égard de l'État français qui a admis le caractère illicite de l'action de ses services secrets et en a assumé sans réserve la responsabilité à l'égard de la Nouvelle-Zélande, des proches de Pereira et de Greenpeace. Bien plus, l'admission de la thèse de Greenpeace aurait un caractère insultant à l'égard d'un État souverain, alors que rien dans le dossier ne permet de soutenir que de nouvelles actions du type de celle menée à Auckland contre le *Rainbow Warrior* seraient envisagées contre l'organisation demanderesse ».

Le comportement des parties postérieurement à l'attentat et en cours de procédure n'a pas été non plus étranger à la décision prise par le tribunal. Là encore, on se trouvait dans un environnement de droit international public ce

qui explique que l'État français ait exprimé ses regrets au cours de l'instance arbitrale. « Greenpeace a considéré ces regrets comme tardifs et insuffisants, ce qui a amené le conseil de l'État français à exprimer à l'audience, non sans solennité, les regrets du Ministre de la Défense, interpellé spécialement à cet effet. Mais cela n'a pas suffi à Greenpeace, qui a plaidé que seule une lettre de regrets du Premier Ministre ou du Président de la République française pourrait avoir la portée requise par la jurisprudence pour être prise en considération dans l'examen de la question des dommages exemplaires » (sent. n° 142).

« En conclusion, a-t-il été décidé dans la sentence (n° 145 *in fine*), le Tribunal arbitral, dans sa majorité, considère qu'il n'y a pas lieu d'accorder à Greenpeace les dommages et intérêts punitifs qui font l'objet du chef 4 de sa demande, qui sera donc rejetée sur ce point ». On se bornera ici à observer que l'avis dissident de l'arbitre néo-zélandais a principalement porté sur le choix de la loi applicable et sur l'octroi de dommages-intérêts punitifs.



Si le rappel de cette affaire peut figurer aux *Archives de philosophie*, ce n'est pas seulement parce que le présent numéro est consacré à l'arbitrage et qu'il eût été malvenu que le droit de l'arbitrage international n'y figurât pas dans son environnement de droit public, c'est aussi parce qu'il montre bien comment, dans maintes circonstances, il faut transcender la distinction du droit public et du droit privé. Si l'on y parvient tout particulièrement à travers l'arbitrage, c'est parce que le mode de solution des différends conduit naturellement à s'interroger sur l'essence du juridique. Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le retour au fondamental tenait au fait que la présence du politique était inhérente au conflit, même si le principe de la responsabilité de l'État devait être tenu pour acquis et hors de tout débat récurrent. Si grande qu'ait pu être la force de la convention d'arbitrage, la décision relative au montant de la réparation ne pouvait être totalement dissociée d'une considération de l'étendue et de la gravité du comportement fautif, surtout mais pas seulement quand il s'agit de la politique d'un État. L'adéquation de la réparation à la faute a cessé d'être depuis longtemps l'objet et le but exclusifs de la réparation. Pourtant, la considération de la peine, fut-ce de la seule peine privée, plus ou moins renaissante suivant les droits, en corrigeant les excès de la seule justice commutative, appelle de la part des juges une appréciation nuancée des comportements humains.