

## SEPARATE OPINION OF JUDGE ROBINSON

*The Court's award of US\$225 million for damage to persons — Questions raised about the Court's reasoning in arriving at that figure — The Court's reliance on the EECC Award — The Court's approach to and the application of the principle of equitable considerations.*

*Standard of proof at the reparations phase — The Court's failure to apply the lower standard applicable at the reparations phase.*

1. Although I voted in favour of the award by the Court of US\$225 million as compensation for damage to persons, I wish to make some observations about the reasoning employed by the Court to arrive at that sum, its treatment of the standard of proof at the reparations phase and the compensability of macroeconomic damage.

## THE COURT'S APPROACH TO THE AWARD OF COMPENSATION

2. The Court's basic approach to the award of compensation is set out in paragraph 106 as follows:

“[t]he Court may, on an exceptional basis, award compensation in the form of a global sum, within the range of possibilities indicated by the evidence and taking account of equitable considerations. Such an approach may be called for where the evidence leaves no doubt that an internationally wrongful act has caused a substantiated injury, but does not allow a precise evaluation of the extent or scale of such injury.”

3. The head of damage, damages to persons, has five categories of injuries, namely, loss of life, injuries to persons, rape and sexual violence, recruitment and deployment of child soldiers, and displacement of populations. In respect of each category, after analysing the extent and valuation of the damage or injury, the Court decided to award compensation for each category of injury as part of a global sum. The Court did not fix compensation for each category of injury, and ultimately awarded what it described as a global sum of US\$225 million for damage to persons. In this opinion in relation to this case, the term “heads of damages” is taken as applying to damage to persons, damage to property, damage to natural resources and macroeconomic damage. However, damage to persons has the five categories of injuries stated above.

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE ROBINSON

[Traduction]

*Indemnité de 225 000 000 dollars des Etats-Unis adjugée par la Cour au titre des dommages causés aux personnes — Questions soulevées au sujet du raisonnement ayant conduit la Cour à fixer ce montant — Appui tiré par la Cour de la sentence de la CREE — Perception et application par la Cour du principe des considérations d'équité.*

*Norme de preuve au stade des réparations — Cour n'ayant pas appliqué la norme moins stricte appropriée au stade des réparations.*

1. Si j'ai voté en faveur de l'adjudication par la Cour d'une indemnité de 225 000 000 dollars des Etats-Unis pour les dommages causés aux personnes, je souhaite formuler certaines observations au sujet du raisonnement qui a conduit la Cour à fixer ce montant et de la façon dont elle a géré la question de la norme de preuve au stade des réparations.

### LA DÉMARCHE DE LA COUR EN MATIÈRE D'INDEMNISATION

2. La démarche de base de la Cour en matière d'indemnisation est ainsi exposée au paragraphe 106 :

«La Cour peut, à titre exceptionnel, octroyer une indemnisation sous la forme d'une somme globale, dans la limite des possibilités offertes par les éléments de preuve et compte tenu de considérations d'équité. Une telle approche peut être justifiée lorsque les éléments de preuve permettent de conclure qu'un fait internationalement illicite a indubitablement causé un préjudice avéré mais qu'ils ne permettent pas une évaluation précise de l'étendue ou de l'ampleur de ce préjudice.»

3. S'agissant des dommages aux personnes, ce chef de dommages couvre cinq catégories de préjudice, à savoir les pertes en vies humaines, les atteintes aux personnes, les viols et violences sexuelles, le recrutement et le déploiement d'enfants-soldats et les déplacements de population. Pour chacune de ces catégories, la Cour, après avoir analysé l'étendue et la valeur des dommages ou du préjudice, a décidé d'accorder une indemnisation dans le cadre d'une somme globale. Elle n'a pas fixé le montant de l'indemnité propre à chaque catégorie de préjudice et a fini par adjuger ce qu'elle a appelé une somme globale de 225 000 000 dollars des Etats-Unis pour les dommages causés aux personnes. Dans la présente opinion, relativement à l'espèce, l'expression «chef de dommages» s'entend selon le cas des dommages aux personnes, des dommages aux biens, des dommages aux ressources naturelles et du dommage macroéconomique. Ce sont toutefois des dommages aux personnes que relèvent les cinq catégories de préjudice mentionnées ci-dessus.

4. The use by the Court of the concept of a global sum is unprecedented in its work. In the *Corfu Channel* case, the Court awarded a total sum as compensation reflecting the aggregation of specific awards that it had made in respect of each of the three heads of damage. In *Ahmadou Sadio Diallo*, the Court awarded a total sum that reflected the aggregation of awards that it had made in respect of each of the three heads of damage. In *Certain Activities*, the Court also awarded a total sum of compensation that reflected the aggregation of specific awards that it had made in respect of each of the two heads of damages. In this case, therefore, the Court is in a “brave new world” in the approach that it has adopted of making a final award in respect of the five categories of injuries, without previously making specific awards for those five categories.

5. In 2009, the Eritrea-Ethiopia Claims Commission (“EECC” or “the Commission”) determined the reparations to be awarded in the dispute between the two countries arising out of an armed conflict that lasted about two years. At the outset it must be clarified that the reliance placed by the Court on the EECC’s Award is wholly misplaced. The Court states that in respect of cases of mass casualties resulting from an armed conflict, “the judicial or other bodies concerned have awarded a global sum, for certain categories of injury, on the basis of the evidence at their disposal” (Judgment, para. 107). It then refers to the EECC’s Final Award on *Eritrea’s Damages Claims* (2009)<sup>1</sup>. Although the language in that paragraph does not mean that the Court was implying that the EECC used the term “global sum”, it must be clarified that that term is not used by the Commission in any part of its Award. An examination of that Award shows that the EECC did not do anything that was remotely similar to what the Court has done in this case. The EECC awarded compensation in the form of a specific sum for each category of injury and then made a final award that reflected an aggregation of those specific sums, which it simply described as the “total monetary compensation”. For example, in respect of rape, the Commission awarded a specific sum of US\$2 million, which it added to the other sums awarded for the other categories of injuries making a grand total of US\$161,455,000. It is inappropriate to describe the award of US\$2 million as a global sum, thereby suggesting that the EECC’s approach to compensation was similar to that of the Court. It is nothing of the sort, because, unlike the EECC, the Court does not award a specific sum for any of the five categories of injuries in respect of damage to persons; it awards what it describes as a global sum.

---

<sup>1</sup> Eritrea-Ethiopia Claims Commission (EECC), *Final Award, Eritrea’s Damages Claims, Decision of 17 August 2009*, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. XXVI, pp. 505-630.

4. Le recours à la notion de somme globale est inédit dans les travaux de la Cour. En l'affaire du *Détroit de Corfou*, celle-ci a adjugé à titre d'indemnité une somme totale composée de celles qu'elle avait accordées au titre de chacun des trois chefs de dommages. Dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, elle a accordé une somme totale composée des indemnités qu'elle avait fixées au titre de chacun des trois chefs de dommages. En l'affaire relative à *Certaines activités*, elle a également accordé une somme totale composée des indemnités qu'elle avait fixées pour chacun des deux chefs de dommages. Elle a donc adopté en l'espèce une démarche « pionnière » en fixant une indemnité finale, appelée « somme globale » et visant cinq catégories de préjudice, sans avoir auparavant arrêté une indemnité propre à chacune de ces cinq catégories.

5. En 2009, la Commission des réclamations Erythrée-Ethiopie (la « CREE » ou la « Commission ») a déterminé les réparations à payer à l'issue du différend qui opposait les deux pays par suite d'un conflit armé qui avait duré environ deux ans. Il y a lieu de préciser d'emblée que la Cour s'est fourvoyée en s'appuyant comme elle l'a fait sur les travaux de la CREE. Elle déclare que, dans le cas d'un large groupe de victimes en situation de conflit armé, « les instances judiciaires ou autres chargées de le faire ont recouru à l'octroi de sommes globales, pour certaines catégories de préjudice, sur la base des éléments de preuve mis à leur disposition » (arrêt, par. 107). Elle fait ensuite référence à la sentence finale de la CREE (*Réclamations de dommages de l'Erythrée*, 2009)<sup>1</sup>. Si l'on ne peut interpréter le libellé de ce paragraphe comme faisant dire à la Cour que la CREE avait effectivement utilisé l'expression « somme globale », il importe de préciser que celle-ci ne figure nulle part dans la sentence de la Commission. L'examen de cette sentence montre que la CREE n'a rien fait qui puisse s'apparenter de près ou de loin à la démarche suivie par la Cour en l'espèce. La CREE a adjugé une indemnité composée des sommes spécifiquement fixées pour chaque catégorie de préjudice, puis prononcé une indemnité finale correspondant au total des sommes ainsi arrêtées, et désignée par l'expression « indemnisation pécuniaire totale ». Par exemple, en ce qui concerne le viol, la Commission a adjugé spécifiquement la somme de 2 000 000 dollars des Etats-Unis, qu'elle a ensuite ajoutée aux sommes qu'elle avait accordées au titre des autres catégories de préjudice, pour un total de 161 455 000 dollars des Etats-Unis. Il est inexact de qualifier de somme globale l'indemnité de 2 000 000 dollars des Etats-Unis et de laisser entendre que la démarche adoptée par la CREE s'apparente à celle de la Cour. Il n'en est rien puisque, contrairement à la CREE, la Cour n'a pas accordé d'indemnité spécifique pour chacune des cinq catégories de préjudice relevant des dommages aux personnes; elle a adjugé ce qu'elle a appelé une « somme globale ».

<sup>1</sup> Commission des réclamations Erythrée-Ethiopie (CREE), *Sentence finale, Réclamations de dommages de l'Erythrée, décision du 17 août 2009*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XXVI, p. 505-630.

6. In relation to cases of mass injuries, the Court found that it may “form an appreciation of the extent of damage on which compensation should be based without necessarily having to identify the names of all victims or specific information about each building destroyed in the conflict” (para. 114). The thrust of this opinion is that the Court should have implemented this important finding by making a specific award of compensation in respect of each category of injury. Such a course would have rendered the Court’s ultimate award of compensation more comprehensible. Had the Court followed that approach, an award for a specific category of injury, such as rape, made on the basis of its appreciation of the extent of injury should not be treated as part of a global sum, because it is inevitable that in cases of mass casualties an approach is taken reflecting the totality of the wrongfulness relating to a specific category of injury rather than the specificity of individual acts constituting that totality. In that regard, it may be recalled that the Court categorically rejected Uganda’s submission that it was necessary for the Democratic Republic of the Congo (DRC) to adduce evidence showing specific injuries to specific persons or specific damage to specific property at a particular time or place. In this case the Court has correctly shunned the particularization of injuries.

*The Concept of an Award of Compensation in the Form of a Global Sum  
“within the Range of Possibilities Indicated by the Evidence”*

7. The Court’s use of the concept of an award of compensation within the range of possibilities indicated by the evidence appears to have been inspired by the EECC’s *Eritrea Damages Claims Award*, in which the phrase is used twice. Page 508 of the Award reads,

“The Commission required clear and convincing evidence that damage occurred, but less rigorous proof for purposes of the quantification of damages which requires exercises of judgment and approximation. In commercial arbitration, lack of evidence may warrant dismissal of a damages claim for failure of proof. In contrast, when serious violations of international law, causing harm to many individuals, have been determined, it would be inappropriate to dismiss the claim outright. The Commission recognized its obligation to determine appropriate compensation, even if the process involves estimation or guesswork within the range of possibilities indicated by the evidence. The Commission further took into account a trade-off fundamental to recent international efforts to address injuries affecting large number of victims. Compensation levels were thus reduced, balancing uncertainties flowing from the lower standard of proof.”<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> EECC, *Final Award, Eritrea’s Damages Claims, Decision of 17 August 2009, RIAA*, Vol. XXVI, p. 508.

6. La Cour a dit que, dans le cas de dommages massifs, elle pouvait « parvenir à une estimation de l'étendue des dommages sur laquelle devra être fondée l'indemnisation sans avoir nécessairement à identifier le nom de chaque victime ou des informations spécifiques sur chaque bâtiment ou autre bien détruit pendant le conflit » (par. 114). La présente opinion vise essentiellement à souligner que la Cour aurait dû donner suite à cette importante conclusion en adjugeant une indemnité spécifique pour chaque catégorie de préjudice, ce qui aurait rendu plus compréhensible l'indemnité finalement accordée. En optant pour une telle démarche, la Cour aurait pu éviter que l'indemnité accordée pour telle ou telle catégorie de préjudice, par exemple le viol, fixée sur la base de son appréciation de l'étendue du préjudice, puisse être considérée comme la fraction d'une somme globale, parce que, dans les cas où les victimes sont nombreuses, on en vient forcément à s'attacher à l'illicéité globalement attribuée à cette catégorie de préjudice, plutôt qu'à la spécificité des actes individuels dont elle résulte. Il y a lieu de rappeler à cet égard que la Cour a rejeté catégoriquement la prétention de l'Ouganda selon laquelle il incombait à la République démocratique du Congo (RDC) de présenter des éléments de preuve montrant que tel préjudice avait été causé à telle personne ou que tel dommage avait été causé à tel bien, à tel moment et en tel lieu. En l'espèce, c'est à bon droit que la Cour s'est refusée à exiger le détail des dommages.

*La notion d'adjudication d'une indemnisation sous forme de somme globale « dans la limite des possibilités offertes par les éléments de preuve »*

7. Pour adjuger une indemnité dans la limite des possibilités offertes par les éléments de preuve, la Cour paraît s'être inspirée des *Réclamations de dommages de l'Erythrée* de la CREE, où l'expression figure deux fois. On lit ce qui suit à la page 508 de la sentence :

« La Commission devait compter sur des éléments de preuve clairs et convaincants pour ce qui est de la survenance des dommages, mais s'est montrée moins exigeante s'agissant de la quantification de ceux-ci, laquelle fait appel au jugement et à l'approximation. En matière d'arbitrage commercial, l'insuffisance de la preuve peut entraîner le rejet de toute réclamation pour dommage. Par contre, lorsqu'une violation grave du droit international portant préjudice à de nombreuses personnes a été constatée, la réclamation ne saurait être rejetée purement et simplement. La Commission a reconnu qu'elle avait l'obligation de déterminer l'indemnité appropriée, même si cela l'amène à estimer ou à supposer, dans la limite des possibilités offertes par les éléments de preuve. Elle a en outre tenu compte du compromis qui s'est révélé être une caractéristique essentielle des efforts récents à l'échelle internationale en cas de dommages touchant un grand nombre de victimes. Les niveaux d'indemnisation ont ainsi été réduits, afin de compenser les incertitudes découlant de l'application d'un critère moins strict d'établissement de la preuve. »<sup>2</sup>

<sup>2</sup> CREE, *Sentence finale, Réclamations de dommages de l'Erythrée, décision du 17 août 2009, RSA*, vol. XXVI, p. 508.

Paragraphs 37 and 38 of the Award also explain the Commission's understanding of the concept. The language in these paragraphs is essentially the same as that on page 508. Considering that the Award on *Eritrea's Damages Claims* is cited favourably seven times in the Judgment, it is surprising that the Court has not followed the Commission's approach to determining compensation.

8. Four points may be made about the manner in which the Commission uses the term "within the range of possibilities indicated by the evidence", which distinguishes it from the Court's approach. The first point is that, as indicated below, the Commission is careful to set the context in which recourse may be had to the concept of an award of compensation within the range of possibilities indicated by the evidence:

- (i) the quantification of damages for serious violations of international law resulting in harm to individuals calls for the exercise of judgment and approximation, particularly in relation to mass conflicts, which inevitably lead to uncertainties with regard to the extent and valuation of damage;
- (ii) in light of this particular context, there is a lower standard of proof at the reparations phase;
- (iii) in applying that lower standard of proof, a court or tribunal has an "obligation to determine appropriate compensation, even if the process involves estimation or guesswork within the range of possibilities indicated by the evidence"<sup>3</sup>; and
- (iv) the trade-off for a court or tribunal relying on estimation or guesswork of compensation due in a case of mass casualties such as a war is that compensation may be reduced.

The Court's use of the concept does not reveal any sensitivity to that context which the Commission was careful to identify for its use. In particular, no sensitivity is shown by the Court to the linkage between the use of the concept and the lower standard of proof at the reparations phase. In the vast majority of instances where the Court finds that the evidence does not allow it to even approximate the extent of the damage, the evidence is such that had the Court been sensitive to the lower standard of proof, it would have been in a position either by estimation or guesswork to determine the extent and valuation of the damage; nor does the Court's approach reveal any sensitivity to reducing the compensation sum as a trade-off for "uncertainties flowing from the lower standard of proof"<sup>4</sup>. This trade-off is described by the Commission as "fundamental to recent international efforts to address injuries reflecting large numbers

---

<sup>3</sup> EECC, *Final Award, Eritrea's Damages Claims, Decision of 17 August 2009, RIAA*, Vol. XXVI, p. 508.

<sup>4</sup> *Ibid.*

Aux paragraphes 37 et 38 de la sentence, la Commission explique son interprétation de la notion, dans des termes semblables à ceux de la page 508. Considérant que la sentence concernant les réclamations de l'Erythrée est citée avec approbation pas moins de sept fois dans l'arrêt, on peut s'étonner que la Cour n'ait pas suivi la démarche de la Commission en matière d'indemnisation.

8. Quatre remarques viennent à l'esprit en ce qui concerne l'usage que fait la Commission de la formule «dans la limite des possibilités offertes par les éléments de preuve» et qui le distingue de la démarche suivie par la Cour. Premièrement, ainsi qu'il est indiqué plus loin, la Commission a pris soin d'établir le contexte dans lequel il était possible d'avoir recours à la notion d'adjudication d'une indemnisation dans la limite des possibilités offertes par les éléments de preuve :

- i) la quantification des dommages découlant de violations graves du droit international portant atteinte aux personnes fait appel au jugement et à l'approximation, surtout dans le cas de conflits faisant de nombreuses victimes, qui entraînent inévitablement des incertitudes quant à l'étendue et à la valeur des dommages ;
- ii) dans ce contexte particulier, une norme de preuve moins stricte s'applique au stade des réparations ;
- iii) au moment d'appliquer cette norme moins rigoureuse, la juridiction saisie a «l'obligation de déterminer l'indemnité appropriée, même si cela l'amène à estimer ou à supposer, dans la limite des possibilités offertes par les éléments de preuve»<sup>3</sup> ;
- iv) la nécessité de recourir à l'estimation ou à la supposition pour fixer l'indemnité à payer dans les cas où les victimes sont nombreuses, notamment en situation de guerre, peut avoir pour corollaire la réduction du montant adjugé.

L'application de la notion par la Cour n'indique de la part de celle-ci aucune considération pour le contexte que la Commission avait pris soin de définir à cette fin. En particulier, la Cour ne fait aucun cas du lien entre l'application de cette notion et celle de la norme de preuve moins rigoureuse au stade des réparations. Dans la grande majorité des cas où la Cour en viendra à la conclusion que les éléments de preuve ne lui permettent même pas de se faire une idée approximative de l'étendue des dommages, les preuves seront telles qu'elle aurait pu, en se montrant ouverte à l'application de la norme de preuve moins stricte, établir par estimation ou supposition l'étendue et la valeur du préjudice ; la démarche de la Cour n'indique par ailleurs, de la part de celle-ci, aucune ouverture à l'idée de réduire l'indemnité à payer en contrepartie des «incertitudes découlant de l'application d'un critère moins strict d'établissement de la preuve»<sup>4</sup>. Pour

<sup>3</sup> CREE, *Sentence finale, Réclamations de dommages de l'Erythrée, décision du 17 août 2009*, RSA, vol. XXVI, p. 508.

<sup>4</sup> *Ibid.*

of victims”<sup>5</sup>. The opinion will later address issues relating to the standard of proof.

9. The second point is that it is within that special context and against that special background that the phrase “within the range of possibilities indicated by the evidence” must be interpreted. The Commission is not at large in the estimation or guesswork that it is allowed to engage in; rather, it must discharge its functions having regard to the evidence, but in doing so it considers possible assessments of the evidence and exercises its judgment in adopting an appreciation of the evidence that allows it to estimate the extent and value of the injury. This is very much like applying the principle of equitable considerations. Thus, there is no inconsistency between the Commission’s reference to estimation or guesswork and the finding in *Story Parchment* that “the damages may not be determined by mere speculation or guess[work]”<sup>6</sup>, because the Commission’s approach is that the estimation or guesswork is to be carried out within the range of possibilities indicated by the evidence; in other words, the range of possibilities indicated by the evidence functions as a restraint or rein on the circumstances in which recourse may be had to estimation or guesswork, the latter being nothing more than a method of approximating compensation.

10. The third point is that the purpose for which the Commission uses the concept of “within the range of possibilities indicated by the evidence” would seem to be wholly different from the purpose for which it is used by the Court. The Commission sets out its understanding of the concept at the beginning of the Award. Although it does not make any explicit reference to that concept in its analysis of any of the categories of injuries, it is safe to presume that its analysis on compensation is informed by that concept as outlined at the beginning of the Award. In that regard, the Commission determines a specific sum for each category of injury within the range of possibilities indicated by the evidence. On the other hand, the Court, although purporting to use the concept of “within the range of possibilities indicated by the evidence”, refrains from determining a specific sum as compensation for each category of injury. The Court has therefore not applied the concept in the way that it was used by the Commission. This difference is, of course, explained by the Court’s use of a global sum, a concept which does not appear to admit of specific determinations of compensation for a category of injury. To the extent that the Court’s concept of a global sum does not involve estimating compensation for each category of injury, it is inconsistent with the Commission’s

---

<sup>5</sup> EECC, *Final Award, Eritrea’s Damages Claims, Decision of 17 August 2009, RIAA*, Vol. XXVI, p. 508.

<sup>6</sup> United States Supreme Court, *Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co.*, *United States Reports [U.S.]*, 1931, Vol. 282, p. 563.

la Commission, il s'agit là d'un compromis qui s'est révélé être une « caractéristique essentielle des efforts récents à l'échelle internationale en cas de dommages touchant un grand nombre de victimes »<sup>5</sup>. Les questions relatives à la norme de preuve seront examinées plus loin dans la présente opinion.

9. Deuxièmement, c'est à la lumière de ce contexte particulier que doit être interprétée la formule « dans la limite des possibilités offertes par les éléments de preuve ». La Commission n'est pas entièrement libre lorsqu'elle est ainsi appelée à estimer ou à supposer : elle doit s'acquitter de sa tâche en tenant compte des éléments de preuve, mais, ce faisant, elle examine les différentes façons d'apprécier ces éléments et s'appuie sur son jugement pour retenir celle qui lui permettra d'estimer l'étendue et la valeur du préjudice. La démarche s'apparente à l'application du principe des considérations d'équité. Il n'y a donc aucune contradiction entre le recours par la Commission à l'estimation ou à la supposition et la conclusion formulée dans l'affaire *Story Parchment*, selon laquelle « les dommages ne peuvent être déterminés par simple conjecture ou supposition »<sup>6</sup>, puisque la Commission part du principe que c'est dans la limite des possibilités offertes par les éléments de preuve qu'il y a lieu d'estimer ou de supposer ; autrement dit, la limite des possibilités offertes par les éléments de preuve sert de balise ou de frein dans les cas où il convient d'estimer ou de supposer, cette méthode n'étant rien de plus que la détermination de l'indemnité par approximation.

10. Troisièmement, l'objectif dans lequel la Commission a recours à la notion de « limite des possibilités offertes par les éléments de preuve » paraît complètement différent de celui que poursuit la Cour ce faisant. La Commission expose son interprétation de la notion au début de la sentence. Bien qu'elle n'y fasse aucune référence explicite dans son analyse des différentes catégories de préjudice, on peut supposer sans crainte de se tromper que la notion exposée au début de la sentence inspire son analyse de l'indemnisation. A cet égard, la Commission fixe un montant spécifique pour chaque catégorie de préjudice dans la limite des possibilités offertes par les éléments de preuve. La Cour, pour sa part, et bien qu'elle affirme avoir recours à la notion de « limite des possibilités offertes par les éléments de preuve », s'abstient de fixer une indemnité propre à chaque catégorie de préjudice. En conséquence, elle n'a pas appliqué la notion de la même manière que l'a fait la Commission. La différence réside de toute évidence dans la fixation par la Cour d'une somme globale, démarche qui ne semble guère permettre la détermination d'une indemnité propre à chaque catégorie de préjudice. Dans la mesure où elle exclut la fixation d'un montant spécifique pour chaque catégorie de préjudice, la conception de la somme globale adoptée par la Cour est incompatible avec la

<sup>5</sup> CREE, *Sentence finale, Réclamations de dommages de l'Erythrée, décision du 17 août 2009, RSA*, vol. XXVI, p. 508.

<sup>6</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co.*, *United States Reports [U.S.]*, 1931, vol. 282, p. 563.

concept of compensation involving estimation or guesswork within the range of possibilities indicated by the evidence.

11. The fourth point is that, unlike the Commission, it appears that the Court does not see itself as having an obligation to determine appropriate compensation even if it has to use estimation or guesswork within the range of possibilities indicated by the evidence. It is odd that the Court seizes on the last part of the Commission's dictum — within the range of possibilities indicated by the evidence — but ignores the first part which refers to the obligation to determine appropriate compensation by estimation or even by guesswork. The Commission's approach calls for action by the tribunal to determine appropriate compensation even by estimation or guesswork, but places a restraint on that action. By ignoring that obligation, the Court has not followed the Commission's approach on the nine occasions that the Judgment uses the phrase "within the range of possibilities indicated by the evidence". It would seem that the Court is still searching for a precision in the evidence that the law does not require. The Court does not appear to acknowledge that the quantification of damages in situations of mass casualties resulting from a war requires what the Commission calls "exercises of judgment and approximation". Regrettably, the Court appears to approach the reliability of the evidence for the purpose of determining the extent and valuation of the damage or injury with the rigour of an insurer examining a claim for damages arising from an accident between two motor vehicles.

#### *Comprehending the Court's Concept of a Global Sum*

12. The Court determined that on the basis of the evidence, the number of lives lost was in a range from 10,000 to 15,000 (para. 162); the number of displaced populations was in a range from 100,000 to 500,000 (para. 223); the number of children recruited and deployed fell within a range (para. 206); however, the Court did not identify that range. In relation to injuries to persons, the Court determined that the evidence only allowed it to find that a "significant number of such injuries occurred" (para. 181); in relation to rape and sexual violence, the Court determined that the evidence only allowed it to find that "a significant number of such injuries occurred" (para. 193).

13. Compensation is based on a determination of the extent of damage or injury and its valuation. If the determination of the extent of damage or injury is wrong, compensation based on the valuation will also be wrong. Since the Court awards compensation for each category of injury as part of a global sum, it is reasonable to expect that when added

méthode d'indemnisation suivie par la Commission et consistant à déterminer l'indemnité par estimation ou supposition dans la limite des possibilités offertes par les éléments de preuve.

11. Quatrièmement, contrairement à la Commission, la Cour ne semble pas se sentir tenue à l'obligation de déterminer l'indemnité appropriée, même s'il lui faut pour cela recourir à l'estimation ou à la supposition dans la limite des possibilités offertes par les éléments de preuve. Il est étrange que la Cour ait fait sienne la dernière partie du principe énoncé par la Commission, à savoir la limite des possibilités offertes par les éléments de preuve, à l'exclusion de la première partie, soit l'obligation de déterminer l'indemnité appropriée en ayant recours à l'estimation, voire à la supposition. La méthode préconisée par la Commission exige de la juridiction qu'elle s'emploie à déterminer l'indemnité appropriée, même s'il lui faut avoir recours à l'estimation ou à la supposition, tout en encadrant cette action. En ne s'acquittant pas de cette obligation, la Cour s'est écartée de la méthode de la Commission chacune des neuf fois où elle utilise dans son arrêt la formule «dans la limite des possibilités offertes par les éléments de preuve». Il semble qu'elle s'acharne à rechercher dans les éléments de preuve un degré de précision qui n'est pas requis en droit. Elle ne semble pas reconnaître que, dans les cas où les victimes sont nombreuses en raison d'une guerre, la quantification des dommages fait appel, ainsi que l'a dit la Commission, «au jugement et à l'approximation». Il est regrettable que la Cour semble appliquer à la fiabilité des éléments de preuve, en vue de déterminer l'étendue et la valeur des dommages ou du préjudice, la rigueur dont ferait preuve un assureur appelé à examiner une réclamation pour dommages faisant suite à un accident de la route.

*La notion de somme globale selon la conception de la Cour*

12. La Cour a conclu, en se fondant sur les éléments de preuve, que le nombre de vies perdues se situait entre 10 000 et 15 000 environ (par. 162); que les déplacements de population semblaient avoir concerné 100 000 à 500 000 personnes (par. 223); qu'une échelle de valeurs se dégageait en ce qui concerne le recrutement et le déploiement d'enfants-soldats (par. 206), sans toutefois quantifier cette échelle de valeurs. S'agissant des atteintes aux personnes, elle a décidé que les preuves disponibles lui permettraient seulement de «constater qu'un nombre considérable de ces atteintes s'étaient produites» (par. 181); quant aux viols et violences sexuelles, elle a pareillement conclu que les preuves disponibles lui permettraient seulement de «constater qu'un nombre considérable d'atteintes de ce type s'étaient produites» (par. 193).

13. L'indemnisation est fondée sur la détermination de l'étendue du dommage ou du préjudice ainsi que son évaluation. Si la détermination de l'étendue du dommage ou du préjudice est erronée, l'indemnité basée sur son évaluation le sera aussi. Puisque la Cour entend indemniser chacune des catégories de préjudice dans le cadre d'une somme globale, on

together, the aggregation of those five parts would comprise the global sum of US\$225 million.

14. In effect, the Court's approach calls for the addition of a specific number of persons from the range that is identified for loss of life and displacement of populations to what is described as a "significant number" in respect of rape and sexual violence and injuries to persons. However, it is not possible to add the certain and precise number that may be identified within those two ranges to something that is as uncertain and imprecise as a "significant number" and arrive at the global sum of US\$225 million. The matter is rendered more complicated by the fact that, in respect of the recruitment and deployment of child soldiers, the Court states that there is a range but does not identify the range. Although two numbers, 1,800 and 2,500, are indicated in paragraph 204 on the recruitment of child soldiers, there is nothing to show how these numbers could constitute a range. The Court's approach would have been more comprehensible if it had identified a range in respect of all five categories of injuries. Regrettably, since the Court's assessment of the extent of the damage is open to criticism, its global award of compensation of US\$225 million is also open to question.

15. It is regrettable that the Court does not explain the concept of the global sum. Although the concept, as developed by the Court, suggests that the addition of the five parts in respect of the categories of injuries constitutes the global sum, the analysis above shows that the five parts are not susceptible to addition. In any event, as noted before, the Court's use of the concept of the global sum does not appear to allow a specific determination of compensation for each category of injury; if it did, the final award would not be global. However, the dilemma is that, absent an award for each category of injury, the global sum is difficult to comprehend and appears to be snatched from thin air. Thus, the global sum is incompatible with a specific determination of compensation for each category of injury but is incomprehensible without such a determination. Another difficulty is that, since compensation is awarded for each of the five categories of injuries as *part* of the global sum, it is evident that the global sum may be partitioned, thereby implying that it is capable of disaggregation, with the result that the sum loses its global character.

16. By stating that it may exceptionally award compensation in the form of a global sum, the Court acknowledges that the more usual practice is for a final award of compensation to reflect the aggregation of specific awards for each category of injury. In my view, *Democratic Republic of the Congo v. Uganda* was not an appropriate case to depart from the more usual practice. This is a case in which the Court has found that one Party has committed breaches not only of international humani-

peut raisonnablement penser que, lorsqu'on additionne les cinq portions d'indemnité, on devrait parvenir à la somme globale de 225 000 000 dollars des Etats-Unis.

14. En réalité, la démarche de la Cour consiste à additionner un nombre précis de personnes, soit l'ensemble de celles qui ont été recensées au chapitre des pertes en vies humaines et des déplacements de population, à ce qui est qualifié de «nombre considérable» du côté des viols et violences sexuelles et des atteintes aux personnes. Or il est impossible d'additionner les nombres précis et certains qui ont pu être établis pour les deux premières catégories aux quantités aussi imprécises et incertaines qu'évoque un «nombre considérable», pour arriver à la somme globale de 225 000 000 dollars des Etats-Unis. La question est d'autant plus complexe que, s'agissant du recrutement et du déploiement d'enfants-soldats, la Cour conclut à l'existence d'une échelle de valeurs quant au nombre possible de victimes, sans toutefois la quantifier. Si l'on trouve bien deux nombres, soit 1800 et 2500, au paragraphe 204 en ce qui concerne le recrutement d'enfants-soldats, rien n'indique qu'ils correspondent effectivement à cette échelle de valeurs. La démarche de la Cour aurait été plus facile à comprendre si celle-ci avait défini une telle échelle de valeurs pour chacune des cinq catégories de préjudice. Malheureusement, parce que l'évaluation de l'étendue du préjudice par la Cour prête à la critique, l'indemnité globale de 225 000 000 dollars des Etats-Unis s'en trouve fragilisée.

15. Il est regrettable que la Cour n'explique pas la notion de somme globale. Même si cette notion élaborée par la Cour laisse à penser que l'addition des cinq portions d'indemnité se rapportant aux différentes catégories de préjudice mène à la somme globale, l'analyse qui précède montre que ces cinq portions se prêtent mal à l'addition. En tout état de cause, ainsi qu'il a été mentionné précédemment, l'utilisation que fait la Cour de la notion de somme globale ne semble pas permettre la détermination d'une indemnité spécifique pour chaque catégorie de préjudice; autrement, l'indemnité finale ne serait pas globale. Le dilemme est que, faute de fixation d'une indemnité pour chacune des catégories de préjudice, la somme globale s'explique difficilement et paraît arbitraire. Celle-ci est donc incompatible avec la détermination d'une indemnité spécifique pour chaque catégorie de préjudice, tout en étant incompréhensible en l'absence d'une telle détermination. Une difficulté supplémentaire réside dans le fait qu'une indemnité est accordée pour chacune des cinq catégories de préjudice *dans le cadre* de la somme globale, ce qui montre clairement que la somme globale peut être subdivisée et laisse à penser qu'elle est susceptible de ventilation, perdant ainsi son caractère global.

16. En déclarant qu'elle peut, à titre exceptionnel, octroyer une indemnisation sous la forme d'une somme globale, la Cour se trouve à reconnaître que, selon la méthode habituelle, l'indemnité finale correspond au total des montants adjugés pour chaque catégorie de préjudice. A mon avis, l'affaire *République démocratique du Congo c. Ouganda* était mal choisie pour que la Cour déroge à la pratique habituelle. Il s'agit d'une affaire où elle a constaté que l'une des Parties avait violé non seulement le droit

tarian law but also of international human rights law, giving rise to claims for compensation for loss of life, injuries to persons, rape and sexual violence, the recruitment and deployment of child soldiers, and displacement of populations. Each category of injury is unique, having its own peculiar characteristics, warranting individual treatment by the Court in its award of compensation. The uniqueness and peculiarity of each category of injury are lost in the award of a global sum for all five categories. For example, given the significance that international human rights law attaches to the right to life — it is a predicate to the enjoyment and exercise of all other human rights, and is the first article of the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights — it is inappropriate to award a sum as compensation not only for the loss of life but also for another category of injury such as displacement of populations. There is no justification for commingling an award of compensation for loss of life with an award of compensation for any other category of injury.

17. The concept of the global sum has been used in investment arbitration — see for example, *Blount Brothers Corporation v. Iran*<sup>7</sup> and *Adam Joseph Resources v. CNA Metals*<sup>8</sup> in which each Tribunal awarded a global sum for all costs claimed by the claimant; however, in that field, which is largely concerned with commercial and investment activities, it does not present the substantive and presentational problems that arise in a case relating to the loss of life, injuries to persons and the other categories of injuries in this case. In light of all the difficulties presented by the concept of the global sum, it has to be questioned whether it is an appropriate tool for the discharge by the Court of its judicial function.

#### *The Principle of Equitable Considerations*

18. In relation to loss of life, injuries to persons, and rape and sexual violence, the Court determined that the evidence at its disposal did not allow it to determine even an approximate number of lives lost (para. 162), or of injuries to persons (para. 181), or of rapes and other acts of sexual violence (para. 193). It is submitted that it would only be in the rarest of cases that the Court would not be in a position to approximate the numbers of lives lost, injuries to persons, and rapes, had it determined compensation on the basis of equitable considerations. The opinion now

<sup>7</sup> Iran-US Claims Tribunal, Case No. 52, *Blount Brothers Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Iran Housing Company*, Award No. 215-52-1 of 27 February 1986, para. 101.

<sup>8</sup> Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration, *Adam Joseph Resources (M) SDN BHD v. CNA Metals Limited*, KLRCA Case No. INT/ADM-29-2011, Final Award on Costs, 15 April 2016, para. 4.11.

international humanitaire, mais aussi le droit international des droits de l'homme, donnant lieu à des réclamations pour pertes en vies humaines, atteintes aux personnes, viols et violences sexuelles, recrutement et déploiement d'enfants-soldats, et déplacements de population. Chaque catégorie de préjudice est unique et présente des caractéristiques qui lui sont propres, et demande à être considérée individuellement par la Cour dans le cadre de l'indemnisation. L'adjudication d'une somme globale pour les cinq catégories de préjudice prive chacune d'elles de son caractère unique et spécifique. Par exemple, devant l'importance que le droit international des droits de l'homme attache au droit à la vie — il est le préalable à la jouissance et à l'exercice de tous les autres droits de l'être humain et figure à l'article premier du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels —, il est malavisé d'adjuger une seule et même somme à titre d'indemnité non seulement pour les pertes en vies humaines mais aussi pour une autre catégorie de préjudice telle que les déplacements de population. Rien ne justifie que l'indemnité adjugée pour les pertes en vies humaines soit amalgamée avec l'indemnité visant quelque autre catégorie de préjudice.

17. La notion de somme globale a été utilisée dans le contexte de l'arbitrage en matière d'investissement : voir par exemple les affaires *Blount Brothers Corporation v. Iran*<sup>7</sup> et *Adam Joseph Resources v. CNA Metals*<sup>8</sup>, où le tribunal a, dans chaque cas, adjugé une somme globale couvrant toutes les dépenses réclamées. Dans ce domaine, toutefois, où il s'agit en majeure partie d'activités commerciales et d'investissement, on ne retrouve pas les mêmes problèmes de fond et de présentation qui se posent en ce qui concerne les pertes en vies humaines, atteintes aux personnes et autres catégories de préjudice dont il est question en l'espèce. Compte tenu de toutes les difficultés que soulève la notion de somme globale, on est en droit de se demander si celle-ci constitue le bon outil pour permettre à la Cour de s'acquitter de sa mission juridictionnelle.

#### *Le principe des considérations d'équité*

18. S'agissant des pertes en vies humaines, des atteintes aux personnes et des viols et violences sexuelles, la Cour a conclu que les éléments de preuve dont elle disposait ne lui permettaient pas de déterminer, fût-ce approximativement, le nombre de morts (par. 162), de blessés (par. 181) ou de cas de viols ou de violences sexuelles (par. 193). Je me permets d'avancer que, si elle avait eu recours aux considérations d'équité pour l'indemnisation, ce n'est que dans des cas rarissimes que la Cour aurait été incapable de déterminer de manière approximative le nombre de vies per-

<sup>7</sup> Tribunal des réclamations Iran/Etats-Unis, affaire n° 52, *Blount Brothers Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Iran Housing Company*, Award No. 215-52-1 of 27 February 1986, par. 101.

<sup>8</sup> Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration, *Adam Joseph Resources (M) SDN BHD v. CNA Metals Limited*, KLRCA Case No. INT/ADM-29-2011, Final Award on Costs, 15 April 2016, par. 4.11.

proceeds to an examination of the principle of equitable considerations as it has been developed by the Court and other tribunals.

19. The Court's case law is that recourse may be had to equitable considerations as the basis for an award of compensation in situations where the evidence provides certainty as to damage caused by the wrongful conduct of a respondent, but no certainty as to the extent of that damage. In that regard, in *Certain Activities (Costa Rica v. Nicaragua)* the Court cited the following passage from *Story Parchment*, cited in *Trail Smelter*:

“Where the tort itself is of such a nature as to preclude the ascertainment of the amount of damages with certainty, it would be a perversion of fundamental principles of justice to deny all relief to the injured person, and thereby relieve the wrongdoer from making any amend for his acts. In such case, while the damages may not be determined by mere speculation or guess, it will be enough if the evidence show the extent of the damages as a matter of just and reasonable inference, although the result be only approximate.”<sup>9</sup>

20. In *Al-Jedda*, the European Court of Human Rights relied on Article 41 of the European Convention, which allows it to “afford just satisfaction” to an injured party in circumstances where the domestic law only allows partial reparation. In *Diallo*, the Court cited the following passage from *Al-Jedda v. United Kingdom*: “[i]ts guiding principle is equity, which above all involves flexibility and an objective consideration of what is just, fair and reasonable in all the circumstances of the case, including not only the position of the applicant but the overall context in which the breach occurred”<sup>10</sup>. Although *Al-Jedda* was a case involving non-material harm, the elements of the principle of equity that are identified — flexibility, fairness and reasonableness in all the circumstances of the case — are equally applicable to a claim for material harm. It is significant that the European Court highlights the element of flexibility, which, while it does not allow for wild approximations, does allow the Court to make a reasonable approximation of the extent and valuation of the damage.

---

<sup>9</sup> *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2018 (I), p. 27, para. 35 citing *Trail Smelter case (United States, Canada)*, Awards of 16 April 1938 and 11 March 1941, RIAA, Vol. III, p. 1920; see also *Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co.*, *United States Reports [U.S.]*, 1931, Vol. 282, p. 563.

<sup>10</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2012 (I), p. 335, para. 24, citing ECtHR, *Al-Jedda v. United Kingdom*, Judgment of 7 July 2011 (Grand Chamber), Application No. 27021/08, para. 114.

dues, d'atteintes aux personnes et de viols. J'examinerai ci-après le principe des considérations d'équité, ainsi qu'il a été élaboré par la Cour et d'autres juridictions.

19. La jurisprudence de la Cour enseigne qu'il est possible de se fonder sur des considérations d'équité pour déterminer l'indemnité à verser dans les cas où les éléments de preuve disponibles rendent certaine l'existence du dommage causé par la conduite illicite du défendeur, mais non son étendue. Sur ce point, dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire relative à *Certaines activités (Costa Rica c. Nicaragua)*, la Cour a reproduit l'extrait ci-après de l'arrêt *Story Parchment*, cité en l'affaire *Trail Smelter* :

«Ce serait pervertir les principes fondamentaux de la justice que de refuser tout secours à la victime — et par là même libérer l'auteur du préjudice de l'obligation de réparation — sous prétexte que l'acte illicite est de nature à empêcher que le montant de l'indemnité puisse être déterminé avec certitude : en pareil cas, si le montant de l'indemnité ne doit pas être établi par simple spéculation ou conjecture, il suffit néanmoins que l'ampleur des dommages soit démontrée par une déduction juste et raisonnable, quand bien même le résultat n'en serait qu'approximatif.<sup>9</sup>»

20. Dans l'affaire *Al-Jedda*, la Cour européenne des droits de l'homme s'est fondée sur l'article 41 de la convention européenne, qui lui permet d'accorder une «satisfaction équitable» à la partie lésée dans les cas où le droit interne ne permet qu'une réparation imparfaite. Dans l'affaire *Diallo*, la Cour a repris l'extrait suivant de l'arrêt rendu en l'affaire *Al-Jedda c. Royaume-Uni* : «guidée par le principe de l'équité, qui implique avant tout une certaine souplesse et un examen objectif de ce qui est juste, équitable et raisonnable compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire, c'est-à-dire non seulement de la situation du requérant, mais aussi du contexte général dans lequel la violation a été commise»<sup>10</sup>. Bien que l'affaire *Al-Jedda* concerne un dommage moral, les éléments du principe de l'équité qui y sont recensés — souplesse et caractère juste, équitable et raisonnable, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire — valent tout autant en cas de réclamation pour dommage matériel. Il importe de souligner la mise en évidence, par la Cour européenne, de l'élément de souplesse qui, sans ouvrir la voie aux estimations fantaisistes, permet néanmoins à la Cour de se fonder sur une approximation raisonnable de l'étendue et de la valeur du dommage.

<sup>9</sup> *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2018 (I), p. 27, par. 35, citant *Trail Smelter case (United States, Canada)*, sentences des 16 avril 1938 et 11 mars 1941, RSA, vol. III, p. 1920; voir également *Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co.*, *United States Reports [U.S.]*, 1931, vol. 282, p. 563.

<sup>10</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I), p. 335, par. 24, citant CEDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 2011 (Grande Chambre), requête n° 27021/08, par. 114.

21. That the Court's jurisprudence is consistent with the use of the principle of equitable considerations to arrive at approximate determinations of the extent of the damage is evident from its finding in *Certain Activities* that "the absence of certainty as to the extent of damage did not necessarily preclude it from awarding an amount that it considered approximately to reflect the value of the impairment or loss of environmental goods or services"<sup>11</sup>. The principle of equitable considerations, therefore, allows the Court to approximate the valuation of the damage suffered in cases where there is certainty that there was some damage, but none as to its extent. It is in such circumstances that an award of compensation is made on the basis of equitable considerations. The Court, if it applies the principle of equitable considerations, is not required to be precise in its determination of either the number of victims or its valuation of the damage suffered.

22. In *Diallo*, Guinea submitted claims of US\$250,000 for non-material injury and US\$550,000 for other material damage<sup>12</sup>. The Court awarded US\$85,000 for non-material injury<sup>13</sup> and US\$10,000 for material injury<sup>14</sup> on the basis of equitable considerations. In respect of the award of US\$10,000 for loss of personal property, the Court found credible an inventory prepared by Guinea but concluded that "Guinea has failed to prove the extent of the loss of Mr. Diallo's personal property listed on the inventory and the extent to which any such loss was caused by the DRC's unlawful conduct"<sup>15</sup>. The Court reasoned that Mr. Diallo did suffer some material injury in relation to his personal property but indicated that it could not accept the large sum claimed by Guinea. In those circumstances, the Court "consider[ed] it appropriate to award an amount of compensation based on equitable considerations"<sup>16</sup>. Despite Guinea's failure to prove the extent of Mr. Diallo's loss in relation to his personal property, the Court awarded US\$10,000 as compensation. The Court had no valuation of any of the property listed on the inventory, but that did not deter it from approximating the damage suffered by Mr. Diallo.

23. It is noteworthy that, against the background of a total lack of evidence as to the value of the property listed on the inventory, the Court

---

<sup>11</sup> *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2018 (I), pp. 38-39, para. 86.

<sup>12</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2012 (I), p. 330, para. 10.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 335, para. 25.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 338, para. 36.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 337, para. 31.

<sup>16</sup> *Ibid.*, para. 33.

21. Il ne fait aucun doute que la jurisprudence de la Cour admet le recours au principe des considérations d'équité pour parvenir à une détermination approximative de l'étendue du dommage, comme en témoigne la conclusion qu'elle a formulée en l'affaire relative à *Certaines activités*: «l'absence de certitude quant à l'étendue des dommages n'exclut pas nécessairement l'octroi d'une somme qui, selon elle, reflète approximativement la valeur de la dégradation ou de la perte de biens et services environnementaux subie»<sup>11</sup>. Ainsi, le principe des considérations d'équité permet à la Cour de déterminer de manière approximative la valeur des dommages subis dans les cas où l'existence de ceux-ci est certaine, mais non leur étendue. C'est dans de telles circonstances qu'une indemnité est adjugée sur la base de considérations d'équité. Lorsqu'elle choisit d'appliquer le principe des considérations d'équité, la Cour n'est pas tenue d'être précise pour déterminer le nombre de victimes ou la valeur des dommages subis.

22. Dans l'affaire *Diallo*, la Guinée réclamait la somme de 250 000 dollars des Etats-Unis au titre du préjudice moral et 550 000 dollars des Etats-Unis au titre des autres dommages matériels<sup>12</sup>. La Cour a adjugé la somme de 85 000 dollars des Etats-Unis pour le préjudice immatériel<sup>13</sup> et celle de 10 000 dollars des Etats-Unis pour le préjudice matériel<sup>14</sup>, sur le fondement de considérations d'équité. S'agissant de l'indemnité de 10 000 dollars des Etats-Unis accordée au titre de la perte de biens personnels, la Cour a tenu pour crédible l'inventaire dressé par la Guinée, mais a néanmoins conclu que cette dernière «n'a[vait] ... pas réussi à établir l'étendue de la perte subie par M. Diallo en ce qui concerne ses biens personnels répertoriés dans l'inventaire ni la mesure dans laquelle cette perte aurait été causée par le comportement illicite de la RDC»<sup>15</sup>. Elle a expliqué que M. Diallo avait effectivement subi un certain préjudice matériel s'agissant de ses biens personnels, mais ajouté qu'elle ne pouvait retenir le montant très important réclamé par la Guinée. Dans ces conditions, elle a jugé «approprié d'accorder une indemnité qui sera[it] calculée sur la base de considérations d'équité»<sup>16</sup>. Bien que la Guinée n'ait pas su prouver l'étendue de la perte subie par M. Diallo relativement à ses biens personnels, la Cour a adjugé une indemnité de 10 000 dollars des Etats-Unis. Elle ne disposait d'aucune estimation de la valeur des biens figurant dans l'inventaire, mais cela ne l'a pas empêchée d'évaluer de manière approximative le dommage subi par M. Diallo.

23. Il y a lieu de noter que, devant l'absence totale de preuve quant à la valeur des biens inventoriés, la Cour n'a fourni aucune explication pré-

<sup>11</sup> *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2018 (I), p. 38-39, par. 86.

<sup>12</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I), p. 330, par. 10.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 335, par. 25.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 338, par. 36.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 337, par. 31.

<sup>16</sup> *Ibid.*, par. 33.

offered no specific explanation either for its decision to award compensation on the basis of equitable considerations or for the sum it awarded. The Court did nothing more than outline the facts of the case and then announce its decision to award compensation on the basis of equitable considerations. That, of course, does not mean that the Court's decision was unreasoned, because it was within the Court's power to award compensation in the particular circumstances of a case, applying the elements of flexibility, fairness and reasonableness.

24. It is acknowledged that, in contradistinction to *Diallo*, which addresses compensation for a single individual, the present case relates to mass casualties in an armed conflict. However, *Diallo* establishes a principle whereby the Court can arrive at an approximation of the damage and correspondingly make an award of compensation. This principle is as applicable to mass casualties as it is to a single individual, although, concededly, its application will be more difficult in relation to the former. Indeed, its application is particularly appropriate in the context of a mass casualty, such as the armed conflict between Uganda and the DRC, because of the inevitable uncertainties that will arise in determining quantities, e.g. the number of persons who lost their lives.

25. In *Chaparro Alvarez and Lapo Iñiguez v. Ecuador* (cited by the Court in *Diallo*<sup>17</sup>), the applicants sought compensation for pecuniary damage resulting from their unlawful detention and the Ecuadorian Government's unlawful seizure of their factory that produced ice chests. With regard to pecuniary damage arising from the seizure of the applicants' property, the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) noted that the only evidence presented was an expert appraisal that "made general references, without defining the amount they are requesting as compensation for this concept and without developing a logical reasoning that would allow the Court to assess the damage effectively caused"<sup>18</sup>. The IACtHR expressly acknowledged "the complexity of determining the commercial value" of the applicant's company, but nonetheless it awarded the sum of US\$150,000 "based on the equity principle"<sup>19</sup>. The IACtHR took into consideration the fact that the "factory had been in operation for several years and that, at the time of the facts, had received some loans to improve its productivity"<sup>20</sup>. Like the Court in *Diallo*, the IACtHR did not have any specific evidence on the basis of which it could arrive at an approximate valuation of the loss suffered by the company, but that did not deter it from arriving at a sum on the basis of equitable considerations that, in its view, approximated to the value of the loss suffered by the company. Again, like the Court in *Diallo*,

<sup>17</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2012 (I)*, p. 337, para. 33.

<sup>18</sup> *Chaparro Alvarez and Lapo Iñiguez v. Ecuador*, Judgment of 21 November 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), IACtHR, Series C, No. 170, para. 230.

<sup>19</sup> *Ibid.*, para. 232.

<sup>20</sup> *Ibid.*

cise, que ce soit de sa décision d'accorder une indemnité sur la base de considérations d'équité ou de la somme adjugée. Elle s'est contentée d'esquisser les faits de l'affaire avant d'annoncer sa décision d'accorder une indemnisation fondée sur des considérations d'équité. Bien entendu, cela ne signifie pas que sa décision n'était pas motivée, puisqu'elle était fondée à adjuger une indemnité dans les circonstances propres à l'affaire, en appliquant les éléments que sont la souplesse et le caractère équitable et raisonnable.

24. Il est admis que l'espèce doit être distinguée de l'affaire *Diallo*, où il s'agissait d'indemniser une seule personne, alors que la présente affaire concerne de nombreuses victimes en situation de conflit armé. Quoi qu'il en soit, l'affaire *Diallo* a permis l'établissement du principe selon lequel la Cour peut se faire une idée approximative des dommages et adjuger une indemnité en conséquence. Ce principe vaut aussi bien pour les victimes nombreuses que pour une seule personne, encore que, force est de l'avouer, son application est plus difficile dans le premier cas. Elle est en revanche particulièrement opportune en cas de victimes nombreuses, comme dans celui du conflit opposant l'Ouganda et la RDC, en raison des inévitables incertitudes qu'entraîne la quantification, par exemple celle des personnes ayant perdu la vie.

25. Dans l'affaire *Chaparro Alvarez et Lapo Iñiguez c. Equateur* (citée par la Cour dans l'arrêt *Diallo*<sup>17</sup>), les demandeurs cherchaient à être indemnisés des dommages pécuniaires résultant de leur détention illégale et de la saisie illégale par le Gouvernement équatorien de leur usine de fabrication de glacières. S'agissant des dommages pécuniaires résultant de la saisie des biens des demandeurs, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a relevé que le seul élément de preuve présenté était une expertise qui «comportait des références générales, sans toutefois définir le montant de l'indemnité réclamée à ce titre et sans articuler de raisonnement logique [lui] permettant ... d'évaluer les dommages effectivement causés»<sup>18</sup>. La Cour interaméricaine a expressément reconnu que «la détermination de la valeur commerciale [de l'entreprise du demandeur] était une tâche complexe», mais a néanmoins adjugé la somme de 150 000 dollars des Etats-Unis «sur le fondement du principe de l'équité»<sup>19</sup>. Elle a tenu compte du fait que «l'usine fonctionnait depuis plusieurs années et, à l'époque des faits, avait obtenu certains prêts pour augmenter sa productivité»<sup>20</sup>. A l'instar de la Cour en l'affaire *Diallo*, elle ne disposait d'aucun élément de preuve spécifique lui permettant de se faire une idée approximative de la valeur de la perte subie par l'entreprise, ce qui ne l'a toutefois pas empêchée d'en arriver, sur la base de considérations d'équité, au montant qui, à ses yeux, se rapprochait de la valeur de la perte subie par l'entreprise. Là

<sup>17</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I)*, p. 337, par. 33.

<sup>18</sup> *Chaparro Alvarez et Lapo Iñiguez c. Equateur*, arrêt du 21 novembre 2007 (exceptions préliminaires, fond, réparations et frais), CIADH, série C, n° 170, par. 230.

<sup>19</sup> *Ibid.*, par. 232.

<sup>20</sup> *Ibid.*

it is noteworthy that, in the face of a total lack of any evidence as to the valuation of the loss suffered by the company, the IACtHR did not offer any specific reason either for awarding compensation on the basis of equitable considerations or for the sum it awarded.

26. In *Diallo*, the Court specifically cited paragraphs 240 and 242 of *Chaparro* which read:

“240. The representatives did not present any supporting documentation that would allow the Court to establish the value of Mr. Lapo’s house. Consequently, the Court decides, in equity, to establish the sum of US\$20,000.00, (twenty thousand United States dollars). The State must pay this amount to Mr. Lapo within one year of notification of this judgment.

. . . . .

242. The amount requested for [Chaparro’s apartment] is US\$135,729.07 (one hundred and thirty-five thousand seven hundred and twenty-nine United States dollars and seven cents). From the evidence provided, the Court is unable to establish clearly the basis used by the expert to establish that the apartment was worth this amount, since no additional evidence or arguments have been submitted by the representatives in this regard. Therefore, it decides to establish, in equity, the amount of US\$40,000.00 (forty thousand United States dollars), which the State must deliver to Mr. Chaparro to compensate him for the loss of his apartment. The State must pay this amount to Mr. Chaparro within one year of notification of this judgment.”<sup>21</sup>

27. *Chaparro* provides a very strong precedent for the Court to arrive at an approximate sum as compensation for injuries suffered by the DRC, because in relation to Mr. Lapo’s house there was no supporting documentation that allowed the Inter-American Court to establish its value. Nonetheless, that court awarded the sum of US\$20,000. Further, although the IACtHR found the expert evidence in relation to the value of Mr. Chaparro’s apartment to be wholly unhelpful, it “establish[ed], in equity, the amount of US\$40,000” as compensation. It is quite likely that the Court cited this case because it felt that the principle of equity, on the basis of which the Inter-American Court acted, had elements that were similar to the principle of equitable considerations it applied in *Diallo*.

28. As in *Diallo*, the IACtHR did not offer any specific reason either for awarding compensation on the basis of equity or for the sum it awarded. It outlined the facts and thereafter awarded compensation on the basis of equity, although it had no supporting evidence whatsoever in

<sup>21</sup> *Chaparro Alvarez and Lapo Iñiguez v. Ecuador*, Judgment of 21 November 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), IACtHR, Series C, No. 170, paras. 240 and 242.

encore, il y a lieu de noter que, à l'instar de la Cour en l'affaire *Diallo*, devant une absence totale de preuve concernant la valeur de la perte essuyée par l'entreprise, la Cour interaméricaine n'a fourni aucune justification particulière, que ce soit pour l'adjudication d'une indemnité sur la base de considérations d'équité ou pour la somme fixée.

26. Dans l'affaire *Diallo*, la Cour a fait expressément référence aux paragraphes 240 et 242 de l'arrêt *Chaparro*, dont le texte suit :

«240. Les représentants n'ont fourni aucune pièce documentaire de nature à permettre à la Cour de déterminer la valeur de la résidence de M. Lapo. Par conséquent, la Cour décide, en équité, d'en fixer la valeur à 20 000 (vingt mille) dollars des Etats-Unis. L'Etat est tenu de payer cette somme à M. Lapo dans l'année suivant la notification du présent arrêt.

. . . . .

242. La somme réclamée pour [l'appartement de Chaparro] est de 135 729,07 (cent trente-cinq mille sept cent vingt-neuf et sept cents) dollars des Etats-Unis. Les éléments de preuve fournis ne permettent pas à la Cour de déterminer clairement sur quelles bases l'expert a fixé à ce montant la valeur de l'appartement, étant donné que les représentants n'ont rapporté aucune preuve ou justification supplémentaire à cet égard. En conséquence, elle décide d'arrêter, en équité, la somme de 40 000 (quarante mille) dollars des Etats-Unis, à verser par l'Etat à M. Chaparro en compensation de la perte de son appartement. L'Etat est tenu de payer cette somme à M. Chaparro dans l'année suivant la notification du présent arrêt.»<sup>21</sup>

27. L'affaire *Chaparro* constitue un précédent très solide sur lequel la Cour aurait pu s'appuyer pour en arriver à fixer un montant approximatif pour l'indemnisation des dommages subis par la RDC puisque, s'agissant de la résidence de M. Lapo, aucune pièce documentaire n'avait été versée pour aider la Cour interaméricaine à en déterminer la valeur. Cette dernière a néanmoins adjugé la somme de 20 000 dollars des Etats-Unis. En outre, bien qu'elle ait jugé complètement inutile l'expertise produite relativement à la valeur de l'appartement de M. Chaparro, elle a «déterminé, en équité, la somme de 40 000 dollars des Etats-Unis» à titre d'indemnité. Il y a gros à parier que, si la Cour a fait référence à cette affaire, c'est parce qu'elle estimait que le principe de l'équité, sur lequel s'est fondée la Cour interaméricaine, avait des éléments en commun avec le principe des considérations d'équité qu'elle a appliqué dans l'affaire *Diallo*.

28. Tout comme dans l'affaire *Diallo*, la Cour interaméricaine n'a fourni aucune raison particulière pour avoir adjugé une indemnisation sur la base de l'équité ou pour en justifier le montant. Elle a brossé un tableau des faits, puis accordé l'indemnité en se fondant sur l'équité, alors

<sup>21</sup> *Chaparro Alvarez et Lapo Iñiguez c. Equateur*, arrêt du 21 novembre 2007 (exceptions préliminaires, fond, réparations et frais), CIADH, série C, n° 170, par. 240 et 242.

relation to the value of the house and the apartment, the principle of equity allowed it to make a reasonable estimate of the compensation.

29. Here again, although this case does not relate to mass casualties in an armed conflict, the principle of equity, on which it relies, is as applicable to such casualties as it is to a single individual.

30. In its Final Award on *Eritrea's Damages Claims*, the EECC acknowledged that there were significant weaknesses in the evidence relating to the extent of injury or valuation. Nonetheless, since the violations of harm to individuals were many, the Commission,

“in the circumstances[, has] sought to develop a reasonable estimate of the losses resulting from the injuries it found, taking account of the likely population of the affected areas and estimates of the frequency and extent of loss. This process was unavoidably imprecise and uncertain, but it was necessary given the limitations of the record.”<sup>22</sup>

The element of reasonableness on which the Commission relied is a significant component of the principle of equitable considerations; it is equally clear that this element allows a court or tribunal to navigate areas of uncertainty and imprecision in the evidence with a view to fixing a sum for compensation.

#### *Conclusions on the Principle of Equitable Considerations*

31. When the Court applies the principle of equitable considerations, it is applying equity *intra legem*, equity within the law; in particular, it is applying equity in the manner that Professor Francesco Francioni has described it: “as a method for infusing elements of reasonableness and ‘individualized’ justice whenever the applicable law leaves a margin of discretion to the court or tribunal which has to make the decision”<sup>23</sup>. It is not applying equity *contra legem*, an example of which is the power given to the Court under Article 38, paragraph 2, of the Statute of the Court to determine a case *ex aequo et bono* if it has the consent of the parties to do so. In sum, therefore, the elements of the principle of equitable considerations are reasonableness, flexibility, judgment, approximation and fairness. Consequently, the Court’s finding that it may form an appreciation of the extent of damage is nothing but an illustration of the principle of equitable considerations, which allows for reasonableness and judgment, as indicated by the EECC, and flexibility, as indicated by the European Court of Human Rights in *Al-Jedda*. Another important feature of the

<sup>22</sup> EECC, *Final Award, Eritrea's Damages Claims, Decision of 17 August 2009, RIAA*, Vol. XXVI, para. 72.

<sup>23</sup> F. Francioni, “Equity in International Law”, *Max Planck Encyclopedia of International Law*, November 2020.

qu'elle ne disposait pas du moindre élément de preuve quant à la valeur de la maison et de l'appartement, le principe de l'équité lui permettant de procéder à une estimation raisonnable de l'indemnité.

29. Là encore, bien que cette affaire n'ait rien à voir avec les nombreuses victimes d'un conflit armé, le principe de l'équité, sur le fondement duquel elle a été tranchée, s'applique aussi bien à de telles victimes qu'à une seule personne.

30. Dans sa sentence finale relative aux réclamations de dommages de l'Erythrée, la CREE a reconnu que les preuves se rapportant à l'étendue et à la valeur du préjudice présentaient des lacunes importantes. Mais puisque les violations portant atteinte aux personnes avaient été nombreuses, la Commission,

«dans les circonstances, a cherché à parvenir à une estimation raisonnable des pertes résultant des atteintes qu'elle a[vait] constatées, tenant compte de la population probable des secteurs touchés et d'estimations de la fréquence et de l'étendue des pertes. Cette démarche était forcément imprécise et incertaine, mais elle était nécessaire en raison des limites du dossier.»<sup>22</sup>

Le caractère raisonnable évoqué par la Commission est un élément important du principe des considérations d'équité; il est également clair que c'est cet élément qui permet à la juridiction de naviguer dans les eaux incertaines et imprécises que constituent les éléments de preuve en vue de fixer le montant de l'indemnité.

#### *Conclusions concernant le principe des considérations d'équité*

31. Lorsqu'elle applique le principe des considérations d'équité, la Cour se fonde sur l'équité *intra legem*, soit l'équité dans le cadre du droit; en particulier, elle le fait de la manière énoncée par M. le professeur Francesco Francioni: «en tant que méthode permettant d'infuser un caractère raisonnable et des éléments de justice «individualisée», dès lors que le droit applicable laisse à la juridiction saisie une marge d'appréciation pour prendre sa décision»<sup>23</sup>. Il ne s'agit pas de l'équité *contra legem*, dont on trouve un exemple au paragraphe 2 de l'article 38 du Statut, lequel réserve à la Cour la faculté, si les parties sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono*. En somme, le principe des considérations d'équité a pour éléments le caractère raisonnable, la souplesse, le jugement, l'approximation et l'équité. Par conséquent, la conclusion de la Cour selon laquelle elle peut parvenir à une estimation de l'étendue des dommages n'est rien d'autre qu'une illustration du principe des considérations d'équité, qui suppose le caractère raisonnable et le jugement, ainsi que l'a dit la CREE, de même que la souplesse évoquée par la Cour européenne

<sup>22</sup> CREE, *Sentence finale, Réclamations de dommages de l'Erythrée, décision du 17 août 2009, RSA*, vol. XXVI, par. 72.

<sup>23</sup> F. Francioni, «Equity in International Law», *Max Planck Encyclopedia of International Law*, novembre 2020.

principle of equitable considerations is that the court or tribunal, in applying that principle, becomes actively engaged with the evidence so as to estimate a sum for compensation, or, in the language of the EECC, “to determine appropriate compensation”. The EECC sees this activity as obligatory, even if it calls for estimation or guesswork, albeit an estimation that is restrained by the range of possibilities indicated by the evidence. It does not appear that the Court was prepared to become sufficiently engaged with the evidence so as to estimate a sum for compensation.

*Application of the Principle of Equitable Considerations  
to the Facts of the Case*

32. Had the Court applied the principle of equitable considerations, it would have been able to determine a specific sum for compensation in practically every case in which the DRC made a claim for compensation. In those cases, the Court had before it, evidence from the DRC as to the extent of damage or injury and the valuation of the damage or injury. It also had before it, evidence from its own experts as well as from United Nations bodies and non-governmental organizations. Whenever the Court has evidence of that kind before it, it is always in a position to weigh the varying proposals from the parties and others and determine a sum for compensation on the basis of equitable considerations. Even if the Court only has evidence from the applicant and the respondent, or from one party alone, by becoming actively engaged with the evidence, it is in a position to determine a sum for compensation on the basis of equitable considerations. It is not the case, as the Court asserts in relation to loss of life, injuries to persons, and rape, that the evidence did not allow it to even approximate the number of persons or injuries involved. Eritrea and Ethiopia, like the DRC and Uganda, are poor, developing countries with relatively limited infrastructural facilities, and it is therefore not surprising that, except in relation to evidence for damage to buildings, the evidence before the EECC was of the same quality as the evidence before the Court. Nonetheless, the EECC found it possible in respect of all the claims, except for those dismissed for lack of evidence, to fix a sum as compensation on the basis of a reasonable estimate.

33. For example, Eritrea sought compensation for injury resulting from rape<sup>24</sup>. It provided very little evidence as to the extent of the damage (i.e. number of women raped) or the valuation of the injury. Rather, Eritrea proposed that each party set aside an estimated US\$500,000 to US\$1,000,000 to fund locally administered

---

<sup>24</sup> EECC, *Final Award, Eritrea's Damages Claims, Decision of 17 August 2009, RIAA*, Vol. XXVI, para. 236.

des droits de l'homme dans l'affaire *Al-Jedda*. Le principe des considérations d'équité comporte une autre caractéristique importante: en choisissant de l'appliquer, la juridiction saisie s'engage activement dans l'administration de la preuve afin d'estimer le montant de l'indemnité ou, selon les termes de la CREE, «de déterminer l'indemnité appropriée». La CREE perçoit cette action comme obligatoire, même lorsqu'elle amène la juridiction à estimer ou à supposer, encore que l'estimation soit encadrée par la limite des possibilités offertes par les éléments de preuve. Il appert que la Cour n'était pas disposée à s'engager suffisamment dans l'administration de la preuve pour estimer le montant de l'indemnité.

*Application du principe des considérations d'équité  
aux faits de l'espèce*

32. Si elle avait eu recours au principe des considérations d'équité, la Cour aurait été en mesure de déterminer une indemnité spécifique dans presque tous les cas où la RDC a présenté une réclamation. En effet, elle disposait à leur égard des éléments de preuve rapportés par la RDC quant à l'étendue et à la valeur des dommages ou du préjudice. Elle pouvait par ailleurs compter sur les éléments fournis par ses propres experts ainsi que ceux d'autres organes des Nations Unies et d'organismes non gouvernementaux. Dès lors qu'elle peut s'appuyer sur de tels éléments de preuve, la Cour est toujours à même de soupeser les diverses hypothèses présentées par les parties et autres intéressés, et de parvenir au montant de l'indemnité en se fondant sur des considérations d'équité. Même lorsque les éléments de preuve n'émanent que des parties, voire d'une seule d'entre elles, en s'engageant activement dans l'administration de la preuve, elle se donne les moyens de déterminer le montant de l'indemnité sur la base de considérations d'équité. On ne saurait soutenir, ainsi que l'affirme la Cour en ce qui concerne les pertes en vies humaines, les atteintes aux personnes et le viol, que les éléments de preuve ne lui permettaient pas de quantifier, ne fût-ce qu'approximativement, les victimes et les atteintes en cause. L'Erythrée et l'Éthiopie, tout comme la RDC et l'Ouganda, sont des pays pauvres et en développement dont les infrastructures sont relativement limitées, et il ne faut donc pas s'étonner que, sauf en ce qui concerne les éléments se rapportant aux dommages causés aux bâtiments, les preuves présentées à la CREE étaient de la même qualité que celles qui se trouvent devant la Cour. La CREE est néanmoins parvenue, relativement à toutes les réclamations, exception faite de celles qui ont été rejetées faute de preuve, à fixer le montant de l'indemnité sur la base d'une estimation raisonnable.

33. Par exemple, l'Erythrée a réclamé l'indemnisation du préjudice résultant du viol<sup>24</sup>. Elle n'a rapporté que très peu d'éléments de preuve quant à l'étendue (soit le nombre de femmes violées) ou à la valeur du préjudice. Elle a plutôt proposé que chacune des parties réserve une somme estimative allant de 500 000 à 1 000 000 dollars des États-Unis au

<sup>24</sup> CREE, *Sentence finale, Réclamations de dommages de l'Erythrée, décision du 17 août 2009, RSA*, vol. XXVI, par. 236.

programmes for women's health care and support services for rape victims<sup>25</sup>.

34. In light of the lack of evidence, the Commission faced similar challenges to the Court in assessing the DRC's claims for damage to persons resulting from rape. Like the Court, the Commission noted "the cultural sensitivities surrounding rape in both countries and the unwillingness of victims to come forward"<sup>26</sup>. As such, the Commission "ha[d] no illusion that the record before it reveals the full scope of rape during the extended armed conflict"<sup>27</sup>. The Commission was, therefore, "acutely aware that the full number of victims and the full magnitude of the harm they suffered cannot and will not ever be known"<sup>28</sup>. The parties similarly failed to "provide the Commission with an agreed or useful methodology for assessing compensation"<sup>29</sup>.

35. However, the Commission's award of compensation for rape reflected a reliance on the elements of judgment and flexibility that is missing in the Court's determination of compensation for the same category of injury. The Commission found that it was "predictable that each Party failed to prove its damages claim for rape, either as to a reasonable number of victims or as to a reasonable measure of economic harm"<sup>30</sup>. The Commission did not find it strange that the parties failed to identify a sum to reflect the extent or valuation of the harm caused by rape, because it was willing to accept the responsibility to determine appropriate compensation. It rejected Eritrea's proposal because it was "presented . . . without explanation"<sup>31</sup>, and found that such amounts did not provide sufficient support for rape victims<sup>32</sup>. Importantly, the Commission "consider[ed] that this serious violation of international humanitarian law demand[ed] serious relief"<sup>33</sup>. In order to adequately compensate for the acute harm of rape, the Commission became so actively engaged with the evidence that it awarded US\$2 million to Eritrea, for Ethiopia's failure to prevent the rape of known and unknown victims in Eritrea; this sum was in excess of Eritrea's own proposal<sup>34</sup>. In making this award, the Commission obviously took into account that "the record before it" did not reveal "the full scope of rape during the extended armed conflict".

---

<sup>25</sup> EECC, *Final Award, Eritrea's Damages Claims, Decision of 17 August 2009, RIAA*, Vol. XXVI, para. 236.

<sup>26</sup> *Ibid.*, para. 234.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Ibid.*, para. 235.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> *Ibid.*, para. 237.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> *Ibid.*, para. 238.

<sup>34</sup> *Ibid.*, para. 239.

financement de programmes locaux de soins de santé pour les femmes et de services d'appui aux victimes de viol<sup>25</sup>.

34. Etant donné la pénurie de preuves, la Commission a fait face aux mêmes difficultés que celles qu'a éprouvées la Cour pour évaluer les réclamations de la RDC pour préjudice personnel résultant du viol. Comme la Cour, la Commission a pris note des «sensibilités culturelles entourant le viol dans les deux pays et la réticence des victimes à se manifester»<sup>26</sup>. Dans ces conditions, la Commission «ne se faisait aucune illusion quant à la question de savoir si le dossier reflétait correctement la pleine ampleur des viols commis au cours du long conflit armé»<sup>27</sup>. Elle avait donc «pleinement conscience que le nombre réel des victimes et la pleine amplitude du préjudice qu'elles avaient subi ne pouvaient être connus et ne le seraient jamais»<sup>28</sup>. Par ailleurs, les parties n'ont pas su «[lui] fournir une méthode consensuelle ou utile pour déterminer l'indemnisation voulue»<sup>29</sup>.

35. Cela dit, l'indemnisation octroyée par la Commission pour le viol témoigne de la présence d'éléments de jugement et de souplesse qui brillent par leur absence dans celle fixée par la Cour pour la même catégorie de préjudice. La Commission a conclu qu'il était «à prévoir que ni l'une ni l'autre des parties n'avait réussi à prouver ses réclamations en matière de viol, que ce soit quant au nombre raisonnable de victimes ou quant à une mesure raisonnable du préjudice économique»<sup>30</sup>. La Commission ne s'est pas étonnée de ce que les parties n'aient pas pu s'entendre sur une somme correspondant à l'étendue ou à la valeur du préjudice résultant du viol, parce qu'elle était disposée à assumer la responsabilité de déterminer l'indemnité appropriée. Elle a rejeté la proposition de l'Erythrée, parce qu'elle avait été «présentée ... sans explication»<sup>31</sup> et que les montants en cause étaient insuffisants pour offrir l'appui voulu aux victimes de viol<sup>32</sup>. Chose importante, la Commission a dit «considér[er] que cette violation grave du droit international humanitaire appelait des réparations appréciables»<sup>33</sup>. Afin de compenser dûment l'intense préjudice résultant du viol, la Commission s'est engagée avec une telle ardeur dans l'administration de la preuve qu'elle a adjugé à l'Erythrée, en réparation de l'omission, de la part de l'Éthiopie, d'empêcher le viol de victimes connues et inconnues en Erythrée, la somme de 2000000 dollars des États-Unis, soit au-delà de la somme réclamée<sup>34</sup>. En adjugeant cette indemnité, la Commission a manifestement tenu compte de ce que «le dossier devant elle» ne reflétait pas «la pleine mesure des viols commis au cours du long conflit armé».

<sup>25</sup> CREE, *Sentence finale, Réclamations de dommages de l'Erythrée, décision du 17 août 2009, RSA*, vol. XXVI, par. 236.

<sup>26</sup> *Ibid.*, par. 234.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Ibid.*, par. 235.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> *Ibid.*, par. 237.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> *Ibid.*, par. 238.

<sup>34</sup> *Ibid.*, par. 239.

36. The evidence relating to rape provides an illustration of a case in which the Court could certainly have fixed a sum as compensation on the basis of equitable considerations. The DRC relied on the finding by Congolese investigators of 342 cases of rape. However, it correctly concluded that that sum was an undercount for a variety of reasons, including the common practice of rape during the war and the well-known cultural tendency among victims not to report rape. Consequently, in order to take account of those factors the DRC multiplied the number of 342 by five and claimed compensation for 1,740 cases of rape and sexual violence. It must be acknowledged that this was not a satisfactory approach. However, there was evidence before the Court that would have allowed it to award compensation for the rape of an identified number of victims on the basis of equitable considerations. Instead, the Court found that there was a significant number of victims of rape and sexual violence. While it was correct for the Court not to accept the number of 1,740 cases of rape as submitted by the DRC, it was certainly in a position to accept that there were more than 342 such cases and identify a number that would form the basis for the valuation of the injury, for the following reasons. First, the Court had the uncontradicted statement by the DRC that for cultural reasons cases of rape and sexual violence are under-reported. Second, the DRC's submission that rape and sexual violence were widespread weapons of war in Ituri is supported by the ICC's confirmation that it was a "common practice" in that district (*The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06). Third, it had the statement of the MONUC special report on the events in Ituri that "[c]ountless women were abducted and became 'war wives', while others were raped or sexually abused before being released". Fourth, proof in this phase of the proceedings does not require the same degree of certainty as the merits phase, addressing responsibility for wrongful conduct. The Court can be satisfied by proof on a balance of probabilities. These four factors provide a sound basis for a conclusion that there were more than 342 cases of sexual violence. The Court was in a position to identify a number higher than 342 and award a sum for compensation on the basis of equitable considerations.

37. Noticeably, the Commission played a more active role in its assessment of compensation than the Court, which was relatively passive in determining compensation. The Commission did not conclude that the evidence was of such poor quality that it was unable to even approximate the extent of the injury. Instead, it became actively engaged in the whole process of determining compensation by showing sensitivity to the inadequacy of the sum claimed by Eritrea as compensation and the fact that a serious violation of international humanitarian law had been committed.

38. A general comment that may be made is that the Court should have become more active and more engaged in fixing compensation by

36. Les éléments de preuve se rapportant au viol montrent bien que la Cour aurait certainement pu fixer le montant de l'indemnité en se fondant sur des considérations d'équité. La RDC s'est appuyée sur les conclusions formulées par les enquêteurs congolais au sujet de 342 cas de viol. Elle a toutefois, à juste titre, fait valoir que ce nombre était une sous-estimation pour diverses raisons, dont le fait que le viol était une pratique répandue pendant la guerre et la tendance culturelle bien connue des victimes à ne pas se manifester. Par conséquent, afin de tenir compte de ces facteurs, la RDC a multiplié le nombre de 342 par cinq, réclamant ainsi l'indemnisation de 1740 cas de viol et de violences sexuelles. Force est de reconnaître qu'il s'agit là d'une méthode peu satisfaisante. Pourtant, la Cour disposait d'éléments de preuve qui lui auraient permis de fixer une indemnité pour le viol d'un nombre connu de victimes sur la base de considérations d'équité. Elle a plutôt conclu qu'il y avait eu un nombre considérable de victimes de viol et de violences sexuelles. Si elle a eu raison de ne pas retenir le nombre de 1740 cas de viol avancé par la RDC, elle aurait certainement été fondée à accepter qu'il y en avait eu plus de 342 et à arrêter le nombre qui aurait servi à déterminer la valeur du préjudice, et ce, pour les raisons qui suivent. Premièrement, elle disposait d'une déclaration non contredite de la RDC suivant laquelle les cas de viol étaient, pour des raisons culturelles, rarement dénoncés. Deuxièmement, la prétention de la RDC selon laquelle le viol et les violences sexuelles étaient des techniques de guerre répandues en Ituri était appuyée par la CPI, qui avait confirmé qu'il s'agissait d'une «pratique courante» dans le secteur (*Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06). Troisièmement, avait été déposée devant elle la déclaration tirée du rapport spécial de la MONUC sur les événements d'Ituri, aux termes de laquelle «[d]'innombrables femmes [avaie]nt été enlevées, les unes pour être gardées comme «épouses de guerre» et les autres pour être violées ou soumises à des sévices sexuels avant d'être relâchées». Quatrièmement, à ce stade de la procédure, la preuve n'exige pas le même degré de certitude qu'à celui du fond, qui concerne la responsabilité à l'égard d'un comportement illicite. La Cour peut alors se convaincre sur la foi d'une preuve prépondérante. Ces quatre facteurs constituent une base solide pour conclure qu'il y a eu plus de 342 cas de violences sexuelles. La Cour aurait été fondée à fixer un nombre supérieur à 342 et à adjuger une indemnisation en se basant sur des considérations d'équité.

37. Il ne fait aucun doute que la Commission a, dans l'évaluation de l'indemnité, joué un rôle plus actif que la Cour, qui s'est montrée relativement passive au moment de déterminer celle-ci. La Commission s'est refusée à conclure que les preuves étaient de si piètre qualité qu'elle n'était pas en mesure de déterminer, fût-ce approximativement, l'étendue du préjudice. Elle s'est plutôt engagée activement dans le processus de détermination de l'indemnisation, en se montrant sensible à l'insuffisance du montant réclamé par l'Erythrée à titre d'indemnité et au fait qu'une violation grave du droit international humanitaire avait été commise.

38. On peut dire de façon générale que la Cour aurait dû s'engager plus activement dans la fixation de l'indemnité en procédant à sa propre

introducing its own determination of the extent and valuation of the damage or injury. The Court appears to see itself as performing a passive role as the recipient of the Parties' submissions and the evidence as a whole. Unlike the Commission, it does not see itself as being under an "obligation to determine appropriate compensation, even if the process involves estimation or guesswork within the range of possibilities indicated by the evidence"<sup>35</sup>. *Certain Activities* provides a precedent for the Court becoming very engaged in the determination of compensation. In that case, the Court rejected the methodologies proposed by both parties for determining compensation for environmental damage and advanced its own methodology, albeit in some respects borrowing from the parties' methodologies. It was on the basis of its own methodology that the Court awarded compensation to Costa Rica on the basis of equitable considerations.

39. In *Diallo* and *Certain Activities*, the Court awarded compensation on the basis of equitable considerations. In this case, in respect of the five categories of injuries relating to damage to persons, rather than determining compensation on the basis of equitable considerations, the Court awarded compensation taking into account equitable considerations. No explanation is offered for the Court not following its approach in *Diallo* and *Certain Activities*. It is certain, however, that the approach adopted by the Court of awarding compensation taking into account equitable considerations means that it would not have had the full benefit of the principle. An award of compensation that only takes into account equitable considerations merely treats equitable considerations as an element in the determination of that award whereas an award of compensation based on equitable considerations is one that is governed by the principle of equitable considerations.

40. Thus, had the Court determined compensation on the basis of equitable considerations, it would have been in a position to award a specific sum as compensation for each category of injury.

#### STANDARD OF PROOF

41. The Court rightly concluded that the standard of proof at the merits phase is higher than it is at the reparations phase. However, it does not explicitly identify the lower standard applicable to the reparations phase. That omission may be overlooked if the findings of the Court on questions of compensation are consistent with the use of a lower standard of proof. As noted before, where the Court has found that the evidence was not sufficient to determine a reasonably precise or even an approximate number of lives lost or persons injured, a finding could have been made that the evidence was sufficient for that purpose on the basis of the lower

---

<sup>35</sup> EECC, *Final Award, Eritrea's Damages Claims, Decision of 17 August 2009, RIAA*, Vol. XXVI, p. 508.

détermination de l'étendue et de la valeur des dommages ou du préjudice. La Cour semble se croire confinée à un rôle passif consistant à recevoir en bloc les prétentions et les éléments de preuve que lui soumettent les Parties. Contrairement à la Commission, elle ne s'estime pas tenue à « l'obligation de déterminer l'indemnité appropriée, même si cela l'amène à estimer ou à supposer, dans la limite des possibilités offertes par les éléments de preuve »<sup>35</sup>. L'affaire relative à *Certaines activités* constitue un précédent où la Cour s'est engagée très activement dans la détermination de l'indemnité. En l'occurrence, elle a écarté les méthodes que lui proposaient les deux parties pour établir le montant de l'indemnité à verser pour des dommages à l'environnement, et a élaboré sa propre méthode, tout en puisant à certains égards dans celles que préconisaient les parties. C'est en appliquant sa propre méthode que la Cour a adjugé une indemnité au Costa Rica sur la base de considérations d'équité.

39. Dans l'affaire *Diallo* et dans celle relative à *Certaines activités*, la Cour a adjugé une indemnisation en se fondant sur des considérations d'équité. En l'espèce, relativement aux cinq catégories de préjudice relevant des atteintes aux personnes, plutôt que de se baser sur des considérations d'équité, elle a octroyé une indemnité en tenant compte de considérations d'équité, sans donner la moindre explication des raisons pour lesquelles elle n'avait pas repris la démarche qu'elle avait suivie dans l'affaire *Diallo* et dans celle relative à *Certaines activités*. Or il est certain que, ayant choisi d'adjuger une indemnisation en tenant compte de considérations d'équité, elle ne s'est pas prévalué pleinement du principe. Lorsqu'il est seulement tenu compte des considérations d'équité, celles-ci deviennent tout au plus un élément du processus de détermination, alors que, lorsqu'elle est basée sur des considérations d'équité, l'indemnité est régie par le principe des considérations d'équité.

40. En conséquence, si elle s'était basée sur des considérations d'équité pour fixer l'indemnité à payer, la Cour aurait été en mesure d'adjuger un montant précis pour chaque catégorie de préjudice.

#### LA NORME DE PREUVE

41. La Cour a eu raison de conclure que la norme applicable au stade du fond est plus stricte que celle qui vaut au stade des réparations. Elle ne précise toutefois pas quelle est la norme moins rigoureuse qui régit celui-ci. On pourrait fermer les yeux sur cette omission pour peu que les conclusions de la Cour sur les questions d'indemnisation témoignent de l'application d'une norme de preuve moins stricte. Ainsi qu'il a été mentionné précédemment, dans les cas où elle a conclu que les preuves disponibles n'étaient pas suffisantes pour lui permettre de déterminer de manière raisonnablement précise ou même approximative le nombre de

<sup>35</sup> CREE, *Sentence finale, Réclamations de dommages de l'Erythrée, décision du 17 août 2009, RSA*, vol. XXVI, p. 508.

standard of proof. For example, in relation to loss of life, the Court concludes that the evidence was not sufficient to determine a reasonably precise or even an approximate number of lives lost. The Court identifies a range of lives lost from 10,000 to 15,000. There can be no doubt that on the basis of the lower standard of proof the Court would have been in a position to estimate the number of lives lost. Thus, if the Court determined that 12,000 lives were lost on a lower standard of proof such as a balance of probabilities its decision would be correct, because the evidence supports the conclusion that it was more probable than not that 12,000 lives were lost. One could arrive at the same conclusion on every occasion when the Court concluded that there was not sufficient evidence to even approximate the extent of the injury.

42. Moreover, there are instances in which the Court has used a standard of proof that is questionable because a lower standard should have been used in relation to the extent or valuation of damage or injury. Paragraph 163 states: "Turning to valuation, the Court considers that the DRC has not presented convincing evidence for its claim that the average amount awarded by Congolese courts to the families of victims of war crimes amounts to US\$34,000." Paragraph 180 states: "The DRC does not provide convincing evidence that these figures are derived from the average amounts awarded by Congolese courts in the context of the perpetration of serious international crimes." Paragraph 205 states: "In the framework of the present reparation proceedings, these methodologies do not provide a sufficient basis for assigning a specific valuation of damage in respect of a child soldier." Paragraph 243 reads: "In the Court's view, the DRC offers no convincing evidence for the number of 8,693 private dwellings that it claims have been destroyed in Ituri." Paragraph 248 states: "With regard to the valuation of the property lost, the Court considers that the DRC has not provided convincing evidence supporting the alleged average value of private dwellings, public buildings and property looted." Paragraph 307 states: "The Court considers that the figures put forward by the DRC with respect to the quantity and value of exploited diamonds for which Uganda owes reparation are not based on a convincing methodological approach, in particular because the DRC relies on insufficient and uncorroborated data." Paragraph 319 states: "The evidence furnished by the DRC does not provide a convincing basis for its claim of US\$2,915,880 for coltan." Finally, paragraph 340 states: "The methodology applied by the DRC to substantiate its claim is not convincing."

43. These are instances in which the Court has rejected claims on the basis that the evidence was not convincing. This is too high a standard for

vies perdues ou de personnes blessées, elle aurait pu les considérer comme suffisantes à cette fin au regard de la norme de preuve moins stricte. Par exemple, s'agissant des pertes en vies humaines, elle a conclu que les preuves n'étaient pas suffisantes pour lui permettre de déterminer de manière raisonnablement précise ou même approximative le nombre de morts, tout en disant considérer que celui-ci se situait dans une échelle comprise entre 10 000 et 15 000. Il ne fait aucun doute que, en appliquant une norme de preuve moins rigoureuse, elle aurait été en mesure d'estimer le nombre de vies perdues. En conséquence, si elle avait conclu, au regard d'une norme de preuve moins stricte, comme celle de la preuve prépondérante, que les pertes en vies humaines s'élevaient à 12 000, sa décision aurait été bien fondée, du fait que l'hypothèse correspondant à ce nombre est la plus vraisemblable au regard des éléments de preuve. On pourrait parvenir à la même conclusion dans tous les cas où la Cour a dit que les éléments de preuve n'étaient pas suffisants pour lui permettre d'apprécier l'étendue du préjudice, fût-ce approximativement.

42. Qui plus est, dans certains cas, la norme appliquée par la Cour est discutable car elle aurait dû être moins stricte en ce qui concerne l'étendue et la valeur des dommages ou du préjudice. Il convient de citer certains passages de l'arrêt. Paragraphe 163 : « Passant à la question de l'évaluation des dommages, la Cour considère que la RDC n'a pas présenté d'éléments convaincants prouvant que, comme elle l'affirme, le montant moyen accordé par les juridictions congolaises aux familles de victimes de crimes de guerre s'élève à 34 000 dollars des Etats-Unis. » Paragraphe 180 : « [La RDC] n'apporte pas de preuves convaincantes que ces montants sont déduits des sommes moyennes adjugées par ses juridictions dans le contexte de la perpétration de crimes internationaux graves. » Paragraphe 205 : « Dans le cadre de la présente procédure relative aux réparations, ces méthodes ne fournissent pas de base suffisante pour permettre à la Cour d'attribuer un montant spécifique au dommage subi à raison de chaque enfant-soldat. » Paragraphe 243 : « De l'avis de la Cour, la RDC n'apporte pas d'éléments convaincants pour justifier le chiffre de 8693 habitations privées qui ont selon elle été détruites en Ituri. » Paragraphe 248 : « En ce qui concerne l'évaluation des biens perdus, la Cour considère que la RDC n'a pas fourni d'éléments de preuve convaincants à l'appui des valeurs moyennes alléguées pour les habitations privées, les bâtiments publics et les biens pillés. » Paragraphe 307 : « La Cour considère que les chiffres avancés par la RDC en ce qui concerne la quantité et la valeur des diamants exploités à raison desquels l'Ouganda doit réparation ne reposent pas sur une approche méthodologique convaincante, notamment parce que la RDC se fonde sur des données insuffisantes et non corroborées. » Paragraphe 319 : « Les éléments de preuve produits par la RDC ne sauraient justifier de manière convaincante que celle-ci demande 2 915 880 dollars des Etats-Unis à raison de l'exploitation du coltan. » Enfin, paragraphe 340 : « La méthode appliquée par la RDC pour démontrer le bien-fondé de sa demande n'est pas convaincante. »

43. La Cour a dans tous ces cas écarté des réclamations parce que les preuves n'étaient pas convaincantes. Or il s'agit là d'une norme trop

the reparations phase. Notably, at the merits phase the Court used the standard of convincing evidence in relation to questions of responsibility. For example, paragraph 72 of the 2005 Judgment states that “[t]he Court must first establish which relevant facts it regards as having been convincingly established by the evidence, and which thus fall for scrutiny by reference to the applicable rules of international law”<sup>36</sup>; paragraph 210 states: “The Court finds that there is convincing evidence of the training in UPDF training camps of child soldiers and of the UPDF’s failure to prevent the recruitment of child soldiers in areas under its control.”<sup>37</sup> There are other instances in which the Court uses the standard of convincing evidence at the merits phase. It follows that if convincing evidence is the correct standard of proof for the merits phase, it cannot be the correct standard for the reparations phase where the standard is lower.

### *Macroeconomic Damage*

44. Notably, the Court did not rule on the question whether macroeconomic damage was compensable under international law; it found that the DRC had not established the required causal nexus between Uganda’s wrongful conduct and the alleged macroeconomic damage.

45. In my view, macroeconomic damage is compensable. In the first place, recourse may be had to the general principle of full compensation that was reflected in the *Factory at Chorzów* case as well as Articles 31 and 36 of the ILC Draft Articles<sup>38</sup>. In *Factory at Chorzów*, the Court held that “reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed”<sup>39</sup>. This is the classical statement of the principle of full reparation which would certainly include damage at the macroeconomic level resulting from an internationally wrongful act. Second, the principle of full reparation is also reflected in Article 31 (1) of the ILC Draft Articles which provides that “[t]he responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by an internationally wrongful act”. It is difficult to understand why, in principle, the kind of damage to the economy of a country that could be caused by a war, in which thousands died and were injured and which lasted five years, would not be compensable under international law. A war can so shock the economic foundations of a State that damage at the macroeconomic level, for example, in relation to the value of its currency, is bound to ensue. Third, under Article 36 of the

<sup>36</sup> *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 205, para. 72.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 241, para. 210.

<sup>38</sup> Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. II, Part Two, pp. 92 and 98.

<sup>39</sup> *Factory at Chorzów, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17*, p. 47.

rigoureuse pour le stade des réparations. Ainsi, au stade du fond, la Cour a appliqué la norme de la preuve convaincante aux questions de responsabilité. Par exemple, le paragraphe 72 de l'arrêt de 2005 énonce que «[l]a Cour doit d'abord déterminer quels sont les faits pertinents qu'elle tient pour dûment établis et qui doivent, par conséquent, être examinés au regard des règles applicables du droit international»<sup>36</sup>, tandis qu'on peut lire au paragraphe 210 que «[l]a Cour estime qu'il existe des éléments de preuve convainquants du fait que des enfants-soldats ont été entraînés dans les camps d'entraînement des UPDF et que celles-ci n'ont rien fait pour empêcher leur recrutement dans les zones sous leur contrôle»<sup>37</sup>. Il existe d'autres cas où la Cour a appliqué la norme de la preuve convaincante au stade du fond. Il s'ensuit que, si la norme de la preuve convaincante est la norme appropriée au stade du fond, elle ne peut l'être au stade des réparations, qui appelle une norme moins stricte.

#### *Le dommage macroéconomique*

44. On ne peut s'empêcher de remarquer que la Cour ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si le dommage macroéconomique était susceptible d'indemnisation en droit international; elle a conclu que la RDC n'avait pas établi le lien de causalité requis entre le comportement illicite de l'Ouganda et le dommage macroéconomique invoqué.

45. A mon avis, le dommage macroéconomique est susceptible d'indemnisation. Premièrement, il est toujours possible d'avoir recours au principe de réparation intégrale, appliqué en l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* et exposé aux articles 31 et 36 du projet d'articles de la CDI<sup>38</sup>. Dans ladite affaire, la Cour a dit que «la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis»<sup>39</sup>. Tel est l'énoncé consacré du principe de réparation intégrale, lequel viserait certainement le dommage causé à l'échelle macroéconomique par un acte internationalement illicite. Deuxièmement, le principe de réparation intégrale figure aussi à l'article 31, paragraphe 1, du projet d'articles de la CDI, lequel est ainsi libellé: «L'Etat responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite.» Il est difficile de comprendre pourquoi, en principe, le type de dommage causé à l'économie d'un pays par une guerre au cours de laquelle des milliers de personnes ont péri ou été blessées et qui a duré cinq ans ne serait pas susceptible d'indemnisation en droit international. La guerre peut ébranler les fondements économiques d'un Etat à tel point que les dommages à l'échelle macroéconomique, par exemple la valeur de sa monnaie, sont

<sup>36</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 205, par. 72.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 241, par. 210.

<sup>38</sup> Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II, deuxième partie, p. 97 et 105.

<sup>39</sup> *Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17, p. 47.*

ILC's Draft Articles the responsible State has a duty to provide compensation, which covers any financially assessable damage including loss of profits in so far as it is established. Paragraph 5 of the commentary on Article 36 states that financially assessable damage is "any damage which is capable of being evaluated in financial terms". There is no reason why macroeconomic damage caused by a war should not be capable of being evaluated in financial terms. Criticisms were levelled by economists on behalf of Uganda at the Kinshasa study that was presented on behalf of the DRC to establish the macroeconomic damage that it claimed. Notwithstanding these criticisms, it is certainly possible that economic studies could be presented to a court or tribunal substantiating macroeconomic damage caused by a war. As a matter of law, such damage is compensable.

46. The Court dismissed the DRC's claim for macroeconomic damage on the ground that the DRC had not established a sufficiently direct and certain causal nexus between the internationally wrongful act of Uganda and any alleged macroeconomic damage. It is not clear whether in this finding the Court applied the lower standard of proof at the reparations phase. For example, if the standard of proof on the balance of probabilities were applied, it would be reasonable to conclude that, on the basis of the evidence in this case, the DRC established that there was a causal nexus between the macroeconomic damage that the DRC alleged it had suffered and the war. Using that standard, the DRC would have succeeded in establishing this nexus by showing that it was more probable than not that there was a sufficiently direct and certain causal nexus between the internationally wrongful conduct of Uganda and the macroeconomic damage it claimed.

47. In conclusion, questions may be raised about the reasoning employed by the Court to arrive at a global sum of US\$225 million as compensation for damage to persons and also about its treatment of the standard of proof at the reparations phase.

*(Signed)* Patrick L. ROBINSON.

---

pour ainsi dire inévitables. Troisièmement, aux termes de l'article 36 du projet d'articles de la CDI, l'Etat est tenu d'indemniser tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner, dans la mesure où il est établi. Le paragraphe 5 du commentaire de l'article 36 définit le dommage susceptible d'évaluation financière comme « tout dommage pouvant être évalué en termes financiers ». Il n'existe aucune raison empêchant que le dommage macroéconomique causé par une guerre puisse être évalué en termes financiers. L'étude de Kinshasa présentée au nom de la RDC pour établir le dommage macroéconomique réclamé a été critiquée par des économistes au nom de l'Ouganda. Malgré ces critiques, il est certainement possible de présenter à une juridiction une étude économique établissant le dommage macroéconomique causé par la guerre. Ce dommage est donc susceptible d'indemnisation en droit.

46. La Cour a rejeté la réclamation de la RDC pour dommage macroéconomique au motif que celle-ci n'avait pas établi qu'il existait un lien de causalité suffisamment direct et certain entre le fait internationalement illicite commis par l'Ouganda et le dommage invoqué. Il est difficile de voir si, pour parvenir à cette conclusion, la Cour a appliqué la norme de preuve moins rigoureuse au stade des réparations. Par exemple, si l'on appliquait la norme de la preuve prépondérante, il serait raisonnable de conclure, au vu des éléments de preuve disponibles, que la RDC a établi l'existence d'un lien de causalité entre le dommage macroéconomique qu'elle dit avoir subi et la guerre. Selon cette norme, la RDC aurait réussi à établir ce lien en montrant que l'existence d'un lien de causalité suffisamment direct et certain entre le comportement internationalement illicite de l'Ouganda et le dommage macroéconomique invoqué constituait l'hypothèse la plus vraisemblable.

47. En conclusion, des questions pourraient se poser au sujet du raisonnement qui a conduit la Cour à adjuger une somme globale de 225 000 000 dollars des Etats-Unis à titre d'indemnité pour les dommages aux personnes et de la façon dont elle a géré la question de la norme de preuve au stade des réparations.

(*Signé*) Patrick L. ROBINSON.