

## 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. 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. 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.

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.*

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.

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 permettaient 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 permettaient 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

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

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.

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. 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[va]it ... 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.

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.*

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.

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.

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.

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. 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

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.

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

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.*

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.