

DÉCLARATION DE M. LE JUGE SALAM

[Texte original en français]

Accord avec les principes énoncés en matière de preuve dans le cadre d'une procédure de réparation — Désaccord avec la Cour dans l'application de ces principes — Rigidité et formalisme excessif de la Cour dans l'appréciation des moyens de preuve soumis par la RDC — Méthode de réparation indistincte et insuffisamment justifiée.

1. Bien que je partage dans l'ensemble les principes et les règles applicables à l'évaluation des réparations en l'espèce et à la preuve énoncés par la Cour sous le titre « Considérations générales », je pense qu'une meilleure application de ces principes, tant dans l'appréciation des moyens de preuve que dans la détermination du *quantum* de réparation, aurait pu permettre d'aboutir à une indemnité plus juste.

2. Sur le plan des principes, l'arrêt souligne pertinemment que, si la Cour a par le passé rappelé que, « en règle générale, c'est à la partie qui allègue un fait à l'appui de ses prétentions qu'il appartient d'en démontrer l'existence », elle a également indiqué qu'il ne s'agissait pas d'un principe absolu, applicable en toutes circonstances. En effet, la Cour a estimé que « cette règle générale pouvait, dans certaines circonstances, être appliquée avec souplesse, par exemple lorsque le défendeur pouvait être mieux à même d'établir certains faits » (*Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2018 (I), p. 26, par. 33; *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I), p. 332, par. 15), en fonction « de l'objet et de la nature de chaque différend soumis à la Cour » et « de la nature des faits qu'il est nécessaire d'établir pour les besoins du jugement de l'affaire » (*Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (II), p. 660, par. 54).

3. En outre, la Cour dit ne pas ignorer les difficultés relatives aux questions de preuve qui se retrouvent « dans la plupart des situations de conflit armé international » et qu'elle rappelle dans les paragraphes 66 et 67 de l'arrêt. Y faisant suite, la Cour dit aussi qu'elle « tiendra compte » du « contexte de la présente affaire lorsqu'elle déterminera l'étendue du préjudice et évaluera la réparation due » (arrêt, par. 68).

4. Cette approche souple s'avère particulièrement adaptée dans les procédures relatives à la réparation lorsque la Cour a, comme en l'espèce, établi dans une phase antérieure l'existence de « violations massives des droits de l'homme et de graves manquements au droit international humanitaire » (*Activités armées sur le territoire du Congo (République*

démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 239, par. 207). Cette conclusion est partagée par de nombreuses juridictions internationales, qui ont de façon générale fait montre, en de telles circonstances, d'une raisonnable flexibilité sur la question afin de pouvoir garantir aux victimes une juste réparation.

5. La Cour rappelle ainsi, fort à propos, la jurisprudence de la chambre d'appel de la Cour pénale internationale («CPI») dans l'affaire *Katanga*, qui porte sur les faits qui se sont produits dans le cadre du même conflit armé et dans laquelle la chambre d'appel a tenu compte de l'incapacité des victimes à apporter des éléments de preuve documentaires à l'appui de tous les préjudices allégués au vu des circonstances qui prévalaient en République démocratique du Congo («RDC») (arrêt, par. 123).

6. Dans le même sens, je note aussi que, dans l'affaire *Lubanga* (2015), la chambre d'appel de la CPI a fait observer que, en ce qui concerne le standard en matière de preuves dans la phase de la réparation, il convenait d'appliquer des critères plus flexibles que l'obligation d'aller «au-delà de tout doute raisonnable» et que plusieurs facteurs devaient être considérés, y compris la difficulté pour les victimes d'obtenir des preuves à l'appui de leurs demandes du fait de la destruction de celles-ci¹. De même, dans la procédure en réparation dans l'affaire *Ntaganda*, elle a rappelé que le standard de preuve «approprié[]» dépendait des circonstances particulières de l'affaire², y compris la difficulté dans l'obtention des preuves. Par conséquent, afin de déterminer la norme d'administration de la preuve applicable à la procédure en réparation, elle tient compte des caractéristiques de l'affaire, «en particulier des difficultés auxquelles se heurtent les victimes pour obtenir des preuves étayant leur demande en réparation, en raison de la destruction ou de l'indisponibilité de telles preuves dans le contexte applicable»³. La chambre d'appel a ainsi souligné la pertinence de la norme d'administration de la preuve dite de «l'hypothèse la plus probable» (*balance of probabilities*). Il suffit pour cela que la juridiction soit convaincue qu'il est plus probable qu'improbable que le demandeur ait subi un préjudice qui résulte d'un des crimes pour lesquels le défendeur a été condamné⁴.

7. Une approche similaire a été suivie par la Commission des réclamations Erythrée-Ethiopie, afin d'éviter une «approche mécanique» et trop rigoureuse des éléments de preuve relatifs aux dommages allégués, qui

¹ *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire ICC-01/04-01/06, chambre d'appel, ordonnance de réparation modifiée, annexe A de l'arrêt relatif aux appels interjetés contre la «décision fixant les principes et procédures applicables en matière de réparations» rendue le 7 août 2012, 3 mars 2015 (ICC-01/04-01/06-3129-AnxA), par. 22.

² *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, affaire ICC-01/04-02/06, chambre de première instance VI, ordonnance de réparation, 8 mars 2021, par. 77.

³ *Le Procureur c. Germain Katanga*, affaire ICC-01/04-01/07, chambre de première instance II, ordonnance de réparation en vertu de l'article 75 du Statut, 24 mars 2017, par. 47.

⁴ *Ibid.*, par. 46-50.

serait de nature à priver les victimes d'une réparation équitable, tout en évitant des demandes excessives⁵. Pour la Commission,

«à propos de réclamations particulières, s'agissant d'aspects tels que l'atrocité ou la gravité de tel ou tel acte illicite, le nombre de personnes blessées ou de biens détruits ou endommagés de ce fait, et les conséquences financières qui en découlent, les éléments de preuve sont souvent incertains ou ambigus. Dans de telles circonstances, la Commission a réalisé les meilleures estimations possibles sur la base des moyens de preuve dont elle disposait. A l'instar de certaines juridictions nationales ou de certains législateurs internationaux, elle a reconnu que, lorsqu'elle était appelée à déterminer le montant des indemnités à adjuger, elle devait le faire quand bien même le processus supposerait de procéder par estimation, voire au juger, dans la limite des possibilités offertes par les éléments de preuve.»⁶

8. Cette démarche est bien conforme aux principes fondamentaux de la justice tels que rappelés par le tribunal arbitral en l'affaire de la *Fonderie de Trail*:

«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.»⁷

9. Ainsi que déjà signalé, la Cour dit ne pas ignorer les difficultés relatives aux questions de preuve qui se retrouvent «dans la plupart des situations de conflit armé international» et qu'elle rappelle dans les paragraphes 66 et 67 de l'arrêt. La Cour dit également qu'elle «tiendra compte» du «contexte de la présente affaire lorsqu'elle déterminera l'étendue du préjudice et évaluera la réparation due» (arrêt, par. 68).

10. Cependant, la Cour ne me semble malheureusement pas, dans la suite de l'arrêt, avoir fait une application satisfaisante des principes sus-énoncés ou avoir assez tenu compte du contexte de cette affaire, s'empêchant ainsi d'aboutir à la détermination d'une indemnité juste et équitable.

⁵ Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Éthiopie (CREE), *Sentence finale, Réclamations de l'Éthiopie, décision du 17 août 2009*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XXVI, par. 37, 40, 98 et 328.

⁶ *Ibid.*, par. 37.

⁷ *Trail Smelter case (United States, Canada)*, *sentences des 16 avril 1938 et 11 mars 1941, RSA*, vol. III, p. 1920.

11. En effet, alors qu'elle prend soin de le rappeler, la Cour ne prend cependant pas suffisamment en considération dans sa démarche le fait que le conflit a eu lieu il y a plusieurs décennies et que cela a accentué les difficultés d'accéder aux documents officiels pertinents; que les preuves ont pu être détruites en conséquence de la guerre et du délai écoulé; que la RDC a pu manquer des ressources nécessaires à la conduite des enquêtes sur son territoire; que le bas niveau d'instruction de la majorité des victimes et surtout le contexte administratif même du pays ne permettaient pas de recenser tous les dommages subis, y compris les pertes en vies humaines via des actes de décès officiels ou des certificats d'hôpitaux.

12. D'abord, dans l'appréciation des moyens de preuve soumis par la RDC, la Cour fait montre d'une trop grande rigueur, voire d'une certaine sévérité, en soulignant les déficiences de preuves soumises par la Partie demanderesse sans vraiment prendre en compte le contexte de l'affaire. Il ne fait pas de doute que la RDC n'a pas toujours été en mesure d'apporter des preuves avec un haut degré de certitude à l'appui de ses demandes. La demanderesse le reconnaît d'ailleurs d'une certaine façon lorsqu'elle rappelle à la Cour la situation dans laquelle elle a dû recueillir les preuves, notamment «l'insuffisance de ses ressources, la poursuite du conflit sur son territoire, le traumatisme subi par un grand nombre des victimes et leur faible niveau d'instruction, ainsi que la destruction et perte de preuves et d'autres difficultés connexes» (arrêt, par. 62).

13. La Cour ne semble pas, à mon grand regret, prendre la pleine mesure de ce contexte, qui devait l'amener, comme dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, à admettre que la RDC puisse, dans l'impossibilité d'apporter des preuves directes, «recourir plus largement aux présomptions de fait, aux indices ou preuves circonstancielles» (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 18).

14. Ainsi, bien que la Cour dit au paragraphe 159 de l'arrêt avoir «conscience qu'il n'existe souvent pas de preuves détaillées d'événements particuliers survenus au cours d'une guerre dévastatrice, dans des régions reculées et il y a près de vingt ans», elle estime tout de même, et de façon assez paradoxale, que, «nonobstant la situation difficile dans laquelle elle se trouvait, la RDC aurait pu, depuis le prononcé de l'arrêt de 2005, recueillir davantage d'éléments concernant les vies perdues». De même, elle réitère au paragraphe 242, s'agissant des dommages causés aux biens, que «le demandeur, nonobstant la situation difficile dans laquelle il se trouvait, aurait pu, depuis le prononcé de l'arrêt de 2005, recueillir davantage d'éléments». Cette position de la Cour est loin de «tenir compte» du «contexte» de la situation en RDC, laquelle, même après 2005, est restée instable, avec des conflits à plus ou moins forte intensité et sans totale maîtrise de son gouvernement sur l'ensemble du territoire, comme le soulignent les nombreuses résolutions du Conseil de sécurité ainsi que les rapports de la mission de l'Organisation des Nations Unies en République démocratique du Congo («MONUC») devenue la mission de l'Organisation des Nations Unies pour la stabilisation en République démocratique du Congo («MONUSCO») depuis le 1^{er} juillet 2010.

15. Ensuite cette admonestation à l'endroit de la RDC tranche avec l'attitude de la Cour au sujet du peu de coopération de l'Ouganda comme puissance occupante dans la recherche et la collecte des preuves dans le cadre de cette procédure, alors qu'elle a rappelé — comme je l'ai souligné ci-dessus — que, dans certaines circonstances, la charge de la preuve pouvait être renversée, ou au moins partagée entre les parties, avec une participation active du défendeur à l'établissement de certains faits nécessaires pour trancher un litige (*Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2018 (I), p. 26, par. 33; *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I), p. 332, par. 15).

16. En effet, la nature du présent différend appelait le défendeur à établir certains éléments de l'espèce. Etant donné qu'il était la puissance occupante en Ituri au moment où se sont produits nombre des faits qu'il convient d'établir, l'Ouganda est indubitablement mieux à même de le faire en comparaison avec la RDC qui, elle, aurait la lourde tâche de devoir reconstruire des preuves affectées par les conséquences de la guerre, de l'occupation d'une partie de son territoire et du délai écoulé. Or, le défendeur ne l'a pas fait. Il s'est contenté de souligner l'insuffisance des preuves fournies par la RDC et de noter que les conclusions des experts nommés par la Cour étaient infondées ou arbitraires. Cette attitude de l'Ouganda a, bien entendu, rendu plus difficile une tâche déjà ardue pour la Cour. Étonnamment, l'arrêt se limite à noter cette situation sans en tirer les conséquences qui s'imposent.

17. En passant à la question de l'indemnisation, la Cour rappelle, à juste titre à mon avis, au paragraphe 106 de l'arrêt, qu'elle 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 indubitablement de conclure qu'un fait internationalement illicite a causé un préjudice avéré mais qu'ils ne permettent pas une évaluation précise de l'étendue ou de l'ampleur de ce préjudice (voir *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I), p. 334, par. 21, p. 334-335, par. 24, et p. 337, par. 33; *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2018 (I), p. 26-27, par. 35).

18. Alors que l'arrêt procède longuement à une analyse rigoureuse des diverses méthodes retenues par les Parties, de même que celles des experts nommés par la Cour, pour évaluer l'ampleur des dommages à réparer ainsi que pour déterminer les montants de l'indemnisation pour chaque chef de préjudice, il n'expose par contre pas clairement sa méthode de calcul de l'indemnité à accorder. Je note surtout que l'arrêt ne dit point comment il arrive aux montants de l'indemnisation retenus, à part mentionner des considérations plutôt vagues et générales telles que «[t]enant

compte de l'ensemble des éléments versés au dossier», «des différentes méthodes proposées pour chiffrer le préjudice» et de «sa jurisprudence ainsi que des décisions d'autres organismes internationaux». Or, ces considérations ne sont pas des explications suffisantes et/ou convaincantes.

19. La position de la majorité me semble également critiquable quant à la démarche suivie pour allouer l'indemnisation due à la RDC. En particulier, je ne partage pas la décision d'opter pour des sommes «globales» pour l'ensemble des dommages causés aux personnes, aux biens ou aux ressources naturelles, et ce sans distinguer entre les différents chefs de préjudice à l'intérieur de chacune de ces trois catégories. A titre d'exemple, en ce qui concerne les dommages aux personnes, la Cour commence par mener une analyse séparée de chacun des préjudices allégués par la RDC, 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. Toutefois, après avoir procédé de la sorte, elle n'explique pas pourquoi, au lieu d'allouer une indemnisation propre pour chacun des différents chefs de préjudice, elle considère approprié d'adjuger une somme globale «unique» pour «l'ensemble» des dommages causés aux personnes.

20. Le fait que la Cour s'abstienne de fixer une indemnisation propre pour chacun des différents chefs de préjudice semble d'autant plus problématique que, rappelant sa jurisprudence de 2012 en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, elle indique que «toute réparation doit, autant que possible, bénéficier à tous ceux qui ont souffert de préjudices résultant des faits internationalement illicites» (arrêt, par. 102). La réparation accordée devrait, de ce point de vue, autant que possible bénéficier aux victimes, aux groupes de victimes et aux communautés concernées ayant subi des dommages résultant des faits internationalement illicites de l'Ouganda. En effet, ainsi que l'a recommandé l'Assemblée générale des Nations Unies, il convient d'adopter dans les cas de violations graves du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire, comme en l'espèce, une «approche axée» sur la victime (résolution 60/147, «Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire», 16 décembre 2005, doc. A/RES/60/147).

21. On peut donc regretter, de ce point de vue, que la Cour, en ne distinguant pas entre les chefs de préjudice distincts dans chacune des différentes catégories de dommage, n'ait pas facilité la répartition appropriée de l'indemnité accordée à la RDC afin de réparer le préjudice subi par les victimes et les communautés concernées ayant subi des dommages résultant des faits internationalement illicites de l'Ouganda.

22. En effet, comment la RDC devra-t-elle répartir les 225 000 000 dollars des Etats-Unis entre les familles des personnes décédées, les blessés, les personnes victimes de viol, les enfants-soldats et les personnes déplacées? De même, les 40 000 000 dollars des Etats-Unis accordés pour les

dommages aux biens laissent à la RDC l'épineuse question de déterminer quelle part doit être réservée à la restauration et à la reconstruction des édifices publics, et donc versée au Trésor public, et quelle part concerne les propriétés privées. Faudrait-il qu'à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour dans la définition du *quantum* de la réparation succède l'arbitraire de la répartition de cette somme par la RDC? Il me semble que, sur ce point, la Cour aurait pu avoir une approche plus satisfaisante pour les victimes.

23. Enfin, on peut raisonnablement se demander si, au vu de la rigidité et du formalisme excessif dans l'appréciation des moyens de preuve ainsi que de la prise en compte insuffisante du contexte de cette affaire, ce que j'ai cherché à souligner dans cette déclaration, le total de la somme globale et forfaitaire accordée en indemnisation par la Cour, surtout en ce qui concerne les dommages aux personnes et aux biens, ne reste pas loin de refléter l'ampleur et la gravité des préjudices subis par la RDC résultant des violations par l'Ouganda du «principe du non-recours à la force dans les relations internationales», du «principe de non-intervention» et des «violations massives des droits de l'homme et de graves manquements au droit international humanitaire» (*Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 239, par. 207, et p. 280, par. 345, point 1) du dispositif). Ainsi, la Cour s'est privée, à mon plus grand regret, des moyens qui lui auraient permis de s'assurer que la réparation accordée le soit «dans une forme adéquate» (*Usine de Chorzów, compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9*, p. 21).

(Signé) Nawaf SALAM.