



CAHIERS DU CERDHO

Le CERDHO est un centre de recherche spécialisé en droits de l'homme et en droit international humanitaire. Il fonctionne en tant qu'une unité de recherche au sein de la faculté de droit de l'Université Catholique de Bukavu. Dans ces activités de recherche, le CERDHO rédige ses Cahiers en vue de présenter quelques arrêts d'une juridiction nationale ou internationale dans ses domaines de recherche, à savoir le droit international humanitaire ou les droits de l'homme.



Les Cahiers du CERDHO bénéficient de l'appui financier de la VUB dans le cadre du projet Global MINDS 2018 portant sur l'accessibilité de la jurisprudence congolaise.



Le CEDIE/EDEM offre un appui technique dans l'élaboration des Cahiers du CERDHO

Contact :

Trésor MAHESHE
musole.maheshe@ucbukavu.ac.cd

Christian BAHATI BAHALAOKWIBUYE
christian.bahalaokwibuye@ucbukavu.ac.cd

Narcisse MIDESO
mideso.narcisse@ucbukavu.ac.cd

SOMMAIRE

1. Tribunal militaire de garnison de Bukavu, R.P.1213/017, jugement du 24 juillet 2018, *Auditeur militaire de garnison de Bukavu Ministère public et Parties civiles MUNGANGA NAKULIRE et MAWAZO MUNA c. Prévenu BAHATI PILIPILI Nelly*

Vers une reconnaissance des droits collectifs aux peuples autochtones et pygmées en République démocratique en Congo

À défaut d'établir le meurtre, le Tribunal militaire de garnison (ci-après TMG) condamne un garde-parc pour l'infraction de coups et blessures par son jugement rendu en date du 24 juillet 2018. Le raisonnement du juge innove en deux points. Primo, la motivation du juge remet partiellement en cause le principe de la liberté de la preuve en matière pénale. Pour le tribunal, les éléments recueillis par la juridiction au cours de l'instruction en audience publique prévalent sur ceux recueillis au cours de l'instruction préjurisdictionnelle. Secundo, le juge consacre des droits collectifs aux pygmées dans un obiter dictum. Selon le tribunal, le Parc national de Kahuzi-Biega est le milieu traditionnel des peuples autochtones pygmées qui y ont vécu plusieurs années avant d'en être chassés par l'État, et reste le milieu dans lequel se trouvent les produits vivriers et médicinaux pour ces peuples.

Tribunal militaire de garnison de Bukavu — matière pénale — administration de la preuve — droits des peuples autochtones — article 74 du Code de procédure pénale congolais

2. Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, requête n° 007/2013, arrêt du 4 juillet 2019, Mohamed ABUBAKARI C. République unie de Tanzanie

La portée des réparations accordées par la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples en cas de violation des droits de l'homme

La réparation des préjudices est l'une des trois obligations qui incombent à un État responsable d'une violation des droits de l'homme. La portée de cette obligation a été dégagée par la jurisprudence internationale qui, partant du principe de la réparation intégrale des préjudices, fixe les modalités d'exécution de cette obligation à savoir la priorité de la restitution sur l'indemnisation, la détermination précise des titulaires du droit à la réparation, la détermination des préjudices indemnifiables, l'indication des mesures de protection interne de l'indemnisation internationale ainsi que le réexamen ou la réouverture des poursuites. À travers l'analyse de l'arrêt le plus récent sur les réparations rendu par la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples le 4 juillet 2019 dans l'affaire Mohamed Abubakari c. Tanzanie ainsi que ses arrêts antérieurs, il apparaît que cette juridiction régionale africaine des droits de l'homme a déjà intégré dans sa jurisprudence la plupart de toutes ces modalités. Il ne reste que le remboursement des frais et dépens dans la mesure où jusqu'à présent chaque partie doit supporter ses frais de procédure, certaines mesures de protection internes de l'indemnisation internationale à savoir l'immunité fiscale et l'insaisissabilité des sommes allouées au titre des réparations.

Pour respecter le principe de la réparation intégrale des préjudices admis de longue date dans la jurisprudence internationale et qui figure parmi les principes généraux de la réparation que la Cour

africaine des droits de l'homme a déjà fixés dans sa jurisprudence, nous invitons cette juridiction à intégrer dans ses arrêts ces modalités qui restent.

Cour africaine des droits de l'homme — réparation des préjudices – dommage - articles 34.5 et 63 du Règlement d'ordre intérieur de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

3. CIRDI, affaire n° ARB/99/7, sentence arbitrale rendue le 9 février 2004, M. PATRICK MITCHELL (Demandeur) contre RD Congo (Défenderesse)

La contribution au développement économique de l'État hôte comme critère autonome de la définition de l'investissement étranger direct

Par sa décision du 1er novembre 2006, le comité ad hoc annule la sentence arbitrale rendue le 9 février 2004 dans l'affaire n° ARB/99/7 opposant M. Patric Mitchell « Demandeur » à la République démocratique du Congo (RDC), « la défenderesse » et condamnant celle-ci pour expropriation à l'égard de l'investisseur. Pour le Comité, « M. Mitchell, citoyen des États-Unis, ne jouissait pas de la qualité d'investisseur, ce qui privait le tribunal de sa compétence au titre de l'article 25 de la Convention CIRDI ». Il reproche à la sentence arbitrale d'une part l'« excès de pouvoir manifeste » et, d'autre part, le « défaut de motifs ». Pour la première fois, le comité ad hoc détermine le critère autonome de qualification d'un investissement étranger permettant de déterminer sa compétence. Ce commentaire analyse la pertinence d'un tel critère pour justifier la décision du Comité.

CIRDI —arbitrage État-investisseur — procédure en annulation — excès de pouvoir — défaut de motifs — critère autonome de qualification d'un investissement — articles 25 et 52 (1) (b) et (e) de la Convention de Washington de 1965

**Tribunal militaire de garnison de Bukavu, R.P.1213/017, jugement
du 24 juillet 2018, Auditeur militaire de garnison de Bukavu
Ministère public et Parties civiles MUNGANGA NAKULIRE et
MAWAZO MUNA c. Prévenu BAHATI PILIPILI Nelly
Vers une reconnaissance des droits collectifs aux peuples autochtones et
pygmées en République démocratique en Congo**

Patient LWANGO MIRINDI

1. Le jugement

Le prévenu est poursuivi par l'organe de la loi pour avoir en date du 26 août 2017 tiré en direction des deux pygmées. Il s'agit du père MUNGANGA NAKULIRE blessé à l'avant-bras droit et de son fils MBONE Christian décédé sur-le-champ. En effet, MUNGANGA NAKULIRE fait partie de la communauté pygmée environnante. En date du 26 août 2017, il pénètre dans le PNKB accompagné d'un de ses enfants nommé MBONE Christian, afin d'y cueillir des plantes médicinales destinées à soigner un autre de ses enfants restés souffrant à la maison.

Arrivés sur la colline précitée où poussent les plantes recherchées, MUNGANGA NAKULIRE et son fils se retrouvent en face d'une équipe de gardes-parc du PNKB armés de fusils AKA 47 et composée de quatre personnes, dont le prévenu BAHATI PILIPILI Nelly. Ce dernier tire des coups de feu en direction des deux pygmées. Le père MUNGANGA NAKULIRE est blessé à l'avant-bras droit tandis que son fils MBONE Christian décède sur-le-champ.

Pour sa part, le prévenu dit avoir pris les victimes MUNGANGA NAKULIRE et son fils MBONE Christian pour des braconniers, et de s'être par conséquent senti en danger au regard du nombre de gardes-parc déjà tués par ceux-ci dans les aires protégées de la RDC.

Par son jugement rendu en date du 24 juillet 2018 dans l'affaire inscrite sous le numéro du rôle pénal R.P.1213/017, le Tribunal militaire de garnison (TMG) de Bukavu condamne le prévenu BAHATI PILIPILI Nelly à la peine de dix mois de servitude pénale pour coups et blessures aggravés commis sur la personne du sieur MUNGANGA NAKULIRE. Il le condamne au paiement de 100 000 francs congolais

de frais d'instance. En plus, le Tribunal le condamne solidairement avec l'ICCN/PNKB considéré comme son commettant, au paiement de la somme équivalente en Francs congolais de 20 000 \$ US, à titre de dommages-intérêts à MUNGANGA NAKULIRE.

En ce qui concerne les coups et blessures infligés à MUNGANGA NAKULIRE, le TMG déclare ce chef de prévention établi. En l'occurrence, l'argument du prévenu selon lequel il aurait pris les victimes MUNGANGA NAKULIRE et son fils MBONE Christian pour des braconniers, et de s'être par conséquent senti en danger au regard du nombre de gardes-parc déjà tués par des braconniers dans les aires protégées de la RDC, est balayé par les juges du TMG d'un revers de la main. Selon le Tribunal,

« Cet argumentaire insinue un aveu mitigé, étant entendu qu'il avait reconnu qu'il faisait partie du groupe de pisteur [...] qu'il avait entendu des bruits et avait tiré trois coups de balles en direction dans une canopée. Cette assertion amène à déduire qu'il y a des présomptions graves, précises et concordantes sur la participation dans cette entreprise criminelle [...] Ainsi le Tribunal considère cet argumentaire comme son moyen réfléchi de défense destiné à se disculper »¹.

S'agissant du meurtre, le Tribunal estime que l'instruction du dossier à l'audience publique n'a pas permis d'établir au-delà de tout doute raisonnable, la culpabilité du prévenu. En effet, les juges invoquent, d'une part, l'absence des parties civiles au cours de l'audience effectuée sur le lieu du déroulement des faits et ce défaut a mis les juges dans l'impossibilité de vérifier les allégations desdites parties civiles²; d'autre part, des contradictions quant à la personne qui aurait tiré des coups de feu sur MBONE Christian, dans les dépositions faites par le prévenu (alors inculpé), les parties civiles et même les témoins au cours de l'instruction préparatoire à l'Auditorat militaire de garnison de Bukavu.³

2. Observations

Le jugement dont il s'agit ici confirme et innove sur le plan de la procédure pénale. Son intérêt réside également dans l'*obliter dictum* y formulé, qui est favorable aux pygmées environnant le PNKB.

¹ TMG de Bukavu, Jugement RP1213/017, p. 16.

² *Ibidem*, p. 10, paragraphe 2.

³ *Ibidem*, pp. 25 à 29.

Dans un premier temps, le juge confirme certains principes de droit pénal pour asseoir son raisonnement. D'abord, le juge évoque le principe se rapportant à l'aveu. Selon le Tribunal,

« L'aveu n'est pas une source sûre de conviction dans la mesure où il peut être le résultat de la crainte, du désespoir, de l'erreur, du désir de sauver le véritable coupable, il doit être recueilli avec circonspection et contrôle à l'instruction préparatoire et à l'audience »⁴.

Ensuite, le juge relève les principes relatifs à la charge de la preuve selon lesquels « le doute profite à l'accusé » et « le sort du prévenu consistant à être condamné au-delà de tout doute raisonnable ».

Dans un second temps, le juge innove sur plusieurs points.

D'abord, en ce qui concerne la force probante des preuves, le TMG affirme ce qui est connu, à savoir qu'« il n'y a pas de preuve qui s'impose de façon obligatoire au juge pénal qui doit se déterminer uniquement d'après son intime conviction, celle-ci se fondera [...] sur des éléments produits à l'audience, c'est-à-dire qui ont été portés à la connaissance du prévenu de telle manière qu'il ait pu les discuter et se défendre »⁵. Jusque-là, les juges ne s'éloignent pas du principe du contradictoire et des dispositions de l'article 74 du Code congolais de procédure pénale qui précise l'ordre de l'instruction à l'audience publique⁶.

Cependant, en analysant les procès-verbaux établis au cours de l'instruction préparatoire, les juges y décèlent, comme dit plus haut, des contradictions dans les dépositions des parties civiles, du prévenu et des témoins concernant l'auteur des

⁴*Ibidem*, p. 9, paragraphe 4. Dans le même sens, la doctrine congolaise enseigne que « longtemps considérée comme la *probatio probatissima* c'est-à-dire la preuve des preuves, l'aveu judiciaire n'est plus considéré comme tel. Il faut désormais qu'il soit intervenu dans des circonstances établissant sa liberté c'est-à-dire l'absence de contrainte morale ou physique exercée sur son auteur ». Voir NGOTO Ngoie NGALINGI, *L'essentiel du Droit pénal congolais*, Presses Universitaires du Congo, 2008, p. 148. Presque dans le même sens, Luzolo écrit que « les PV sont des moyens de preuves qui ont une autorité particulière du fait qu'ils émanent d'un officier de justice, [leur] valeur probante est laissée à l'appréciation du juge ». Voir Emmanuel J. LUZOLO BAMBI Lessa et Nicolas Abel BAYONA Ba Meya (+), *Manuel de procédure pénale*, Presses Universitaires du Congo, 2011, p. 412.

⁵*Ibidem*, p. 9, dernier paragraphe. Dans ce sens, Ngoto relève qu'« après avoir soumis les preuves à discussion, le juge décide selon son intime conviction ». Voir NGOTO Ngoie NGALINGI, *op.cit.*, p. 146.

⁶ Ledit article 74 du Code congolais de procédure pénale est ainsi libellé :

« L'instruction à l'audience se fera dans l'ordre suivant :

Les procès-verbaux de constat, s'il y en a, sont lus par le greffier ;

Les témoins à charge et à décharge sont entendus s'il y a lieu et les reproches, proposés et jugés ;

Le prévenu est interrogé ;

La partie civile, s'il en est une, prend ses conclusions ;

Le tribunal ordonne toute mesure d'instruction complémentaire qu'il estime nécessaire à la manifestation de la vérité ;

Le ministère public résume l'affaire et fait ses réquisitions ;

Le prévenu et la personne civilement responsable, s'il y en a, proposent leur défense ;

Les débats sont déclarés clos ».

coups de feu ayant entraîné le décès de MBONE Christian. En conséquence, le TMG recherche sa propre conviction sur les faits. Pour ce faire, il s'appuie sur plusieurs décisions antérieures de justice en RDC, à partir desquels il note qu'« il est de jurisprudence constante que c'est dans l'instruction orale que le juge doit puiser les éléments de sa conviction »⁷. Ainsi, pour essayer de dissiper ses doutes, le TMG ordonne une descente sur le terrain. Les motifs invoqués par les juges pour justifier cette descente en disent long sur l'importance qu'ils lui accordent. Cette motivation mérite qu'on s'y attarde en les citant intégralement :

« C'est fort de cela et de l'idée selon laquelle "les rumeurs doivent rester en dehors du palais" [...] que le Tribunal a effectué un transport sur le lieu du crime pour y acquérir une connaissance directe et personnelle des circonstances de l'infraction. Lors de la descente, les parties civiles ne se sont pas personnellement présentées sans motif valable devant le Tribunal qui l'avait exigé, alors que c'était de manière contradictoire [et] ont mis les juges dans l'impossibilité de vérifier leurs allégations et laissé planer un doute dont ces derniers [les juges] devront tirer les conséquences sur le plan du droit »⁸.

En analysant cette longue citation, il se dégage que les renseignements ou les éléments recueillis lors de la descente contradictoire sur le terrain auraient pu davantage emporter la conviction des juges, que les éléments recueillis par le parquet militaire. Cependant, une nuance est ici apportée par les juges : il est admis que le juge apprécie les éléments à lui soumis, selon son intime conviction. Cela implique *prima facie*, une absence de hiérarchie entre les éléments de preuve soumis au juge pénal. Désormais, il faut considérer que l'instruction devant le juge et les éléments recueillis à cette occasion priment sur les éléments recueillis par le parquet au cours de l'instruction préparatoire. Ainsi, à partir de ce qui vient d'être démontré, on peut conclure qu'en cas de contradictions entre les dépositions des parties au cours de l'instruction préparatoire, ce sont les éléments recueillis par les juges au cours de l'instruction en audience publique qui prévaudront. En somme, l'idée ici est celle d'une hiérarchie entre les deux modes d'instruction d'un dossier judiciaire, hiérarchie qui ne figure pas dans les termes de l'article 74 précité du Code congolais de procédure pénale.

⁷ TMG de Bukavu, Jugement RP1213/017, p. 10, paragraphe 2.
⁸ *Ibidem*.

Par ailleurs, le présent jugement revêt une certaine importance au regard des droits des pygmées avoisinant le PNKB, car, comme nous allons le voir à présent, à travers ce jugement les juges innoveront tout en se montrant circonspects.

En ce qui concerne les droits des pygmées dans le PNKB, ils adoptent une motivation intéressante.

Pour sa défense, le prévenu a prétendu que la demande d'indemnisation faite par les parties civiles devrait être déclarée irrecevable, au motif qu'en s'introduisant dans le PNKB sans autorisation, les parties civiles auraient détruit la flore dudit Parc qui est une aire protégée et cela en violation de la loi n° 14/003 du 11 février 2014 relative à la conservation de la nature ; qu'en conséquence, lesdites parties civiles ne devraient pas se prévaloir de leur propre turpitudes.

Cependant, les juges n'ont pas répondu à ce moyen de la défense. Dans le résumé des faits qu'ils font, ils écrivent ce qui suit :

« Il ressort de l'instruction que la partie civile MUNGANGA NAKULIRE appartient aux peuples autochtones pygmées vivant à Tshombo, groupement de Miti, territoire de Kabare, province du Sud-Kivu, vers 1970 l'État dans ses prérogatives avait décidé de créer le Parc de Kahuzi Biega. En 1975 avoir [sic] pris la résolution de chasser dans le parc Kahuzi Biega les peuples autochtones de leur milieu naturel à travers l'ordonnance n° 75-238 du 22 juillet 1975 portant modification des limites du PNKB allant de 60 000 km² à 600 000 km², ce Parc malgré cette restriction est resté le milieu dans lequel se trouve [nt] tous les produits vivriers et médicamenteux pour ces peuples »¹⁰.

Plusieurs observations doivent être faites à propos de cet énoncé. *Primo*, il s'agit d'un *obliter dictum*¹¹ par lequel les juges affirment que les pygmées sont un peuple autochtone de la RDC¹². *Secundo*, ils constatent le lien ayant existé et qui continue à exister entre les pygmées et le PNKB.

Par conséquent, les juges affirment indirectement, d'une part, que lesdits pygmées jouissent des droits d'usage forestiers dans le PNKB leur permettant d'y cueillir

⁹ TMG de Bukavu, Jugement RP1213/017, p. 21, paragraphes 6 et 7.

¹⁰ *Idem*, p. 6, paragraphe 5.

¹¹ L'*obliter dictum* est « une locution latine signifiant 'dit en passant' (ou 'soit dit en passant') qui sert à désigner, dans un jugement, une opinion que le juge livre chemin faisant, à titre indicatif, indication occasionnelle qui, à la différence des motifs, même surabondants, ne tend pas à justifier la décision qui la contient, mais seulement à faire connaître par avance, à toutes fins utiles, le sentiment du juge sur une question autre que celles que la solution du litige en cause exige de trancher ». Voir Gérard CORNU (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, 6^{ème} édition mise à jour, Quadriga/PUF, 2004, p. 613.

¹² Il s'agit là, sauf erreur de notre part, d'une première de la part du juge congolais.

notamment des plantes médicinales et celles pour leur subsistance¹³. D'autre part, cet *obliter dictum* reconnaît la légitimité des mêmes pygmées à réclamer la restitution de leurs terres ancestrales se trouvant actuellement dans le PNKB ou à défaut leur indemnisation pour la perte de ces terres, comme prévu notamment par la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones¹⁴.

D'après les renseignements recueillis au greffe du TMG de Bukavu, ce jugement rendu au premier degré n'a pas fait l'objet d'un recours en appel. Il reste à souhaiter que la brèche ainsi ouverte par le TMG aille profiter aux pygmées. Ainsi, ce jugement contribuera à faire cesser les injustices historiques dont souffrent les pygmées avoisinant le PNKB en particulier et les pygmées de la RDC en général.

3. Pour en savoir plus

Pour consulter ce jugement : Tribunal militaire de garnison, R.P. 1213/017 jugement du 24 juillet 2018, *Auditeur militaire de garnison et Parties civiles c. Bahati PILIPILI Nelly*.

Jurisprudence : Tribunal de grande instance d'Uvira siège secondaire de Kavumu, R.C.4058, *J.P.K.M. et consorts c. La RDC représentée par le Gouverneur de province du Sud-Kivu et l'Institut congolais pour la Conservation de la Nature (ICCN)*, jugement du 28 février 2011, inédit.

Doctrine:

KWOKWO BARUME, A., *Land Rights of Indigenous Peoples in Africa*, Copenhagen, International Work Group for Indigenous Affairs, 2010.

LWANGO MIRINDI, P., *Les droits des populations sur les ressources minières en République démocratique du Congo : une analyse à la lumière du droit international*, Thèse de doctorat en droit, Vrije Universiteit Brussel, 13 mai 2016.

TREFON, T. *La réforme du secteur forestier en République démocratique du Congo : défis sociaux et faiblesses institutionnelles*, *Afrique contemporaine*, 2008/3, pp. 81-93.

Pour citer cette note : P. LWANGO, « Vers une reconnaissance des droits collectifs aux peuples autochtones et pygmées en République démocratique en Congo », note sous Tribunal militaire de garnison, R.P. 1213/017 jugement du 24 juillet 2018, *Auditeur militaire de garnison et Parties civiles c. Bahati PILIPILI Nelly* », Cahiers du CERDHO, septembre 2019.

¹³ Voir, l'article 39 de la Loi n°011-2002 du 29 août 2002, portant Code forestier de la RDC. Voir également l'article 18 de la loi n°14/003 du 11 février 2014, relative à la conservation de la nature.

¹⁴Assemblée générale des Nations unies, *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*, résolution 61/295, Documents officiels de l'Assemblée générale des Nations unies, 61^{ème} session, supplément n°49, Document des Nations unies A/RES/61/295, 2007, à son article 28, paragraphe 1. A noter que la RDC avait voté pour cette résolution au moment de son adoption.

**Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, requête
n° 007/2013, arrêt du 4 juillet 2019, Mohamed ABUBAKARI C.
République unie de Tanzanie**

***La portée des réparations accordées par la Cour africaine des droits de
l'homme et des peuples en cas de violation des droits de l'homme***

Egide MANIRAKIZA

1. Arrêt

La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples a rendu, en date du 4 juillet 2019, son arrêt sur les réparations dans l'affaire *Mohamed Abubakari c. République-Unie de Tanzanie*.

Le requérant, Mohamed Abubakari, dépose le 8 octobre 2013 devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, une requête contre la République-Unie de Tanzanie. Dans sa requête, il allègue la violation, par l'État défendeur, de son droit à un procès équitable, dans le cadre de son procès devant les tribunaux nationaux, avec pour conséquence, son inculpation pour vol à main armée et sa condamnation à trente (30) ans d'emprisonnement.

Dans son arrêt sur le fond rendu le 3 juin 2016, la Cour a conclu que l'État défendeur avait violé l'article 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

C'est sur la base de cet arrêt sur le fond qui condamne la République-Unie de Tanzanie que le requérant introduit, en vertu des articles 34.5 et 63 du Règlement d'ordre intérieur de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, une demande de réparation. L'arrêt rendu en date du 4 juillet 2019 révèle les conclusions de la Cour sur les demandes de réparation du Requérant.

En ce qui concerne les réparations pécuniaires, le requérant demande une réparation pécuniaire pour le préjudice matériel subi, notamment la perte de revenus et de projet de vie, en raison de son arrestation, de son procès et de trente (30) ans d'emprisonnement. L'État défendeur conteste la demande au motif qu'elle n'est pas

fondée et que le requérant a été mis en accusation et condamné conformément à la loi. La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples rejette la demande de réparation pour préjudice matériel après constatation que le requérant, qui avait prétendu être un homme d'affaires, ne disposait pas de sources de revenus réguliers et n'avait fourni à la Cour aucune preuve de ses revenus allégués.

S'agissant de la réparation pécuniaire pour préjudice moral, le requérant demande à la Cour de la lui octroyer en tant que victime directe de la violation de ses droits, affirmant qu'il a enduré des souffrances émotionnelles, physiques et financières du fait des procédures judiciaires, de son emprisonnement et de son incapacité à exercer ses droits conjugaux auprès de son épouse. Il affirme en outre qu'il a perdu sa crédibilité d'homme d'affaires et son statut social au sein de sa communauté. L'État défendeur conteste ces allégations, soutenant que toutes ces souffrances subies par le requérant n'étaient que la conséquence prévisible de son emprisonnement pour des crimes commis. La Cour, dans sa conclusion, estime que le requérant avait subi un préjudice moral du fait des violations constatées. Par conséquent, il lui octroie une somme de deux millions (2 000 000) de shillings tanzaniens à titre de réparation.

Le requérant affirme également que ses proches ont tous subi un traumatisme émotionnel plus au moins grave. Il s'agit de son épouse Lukresia L. Laurent, son fils Ibrahim Mohamed, son neveu Abiola Mansuri et ses frères et sœurs, Judith et Nelson, Mbaraka Abubakari et Sara Chirumba qui, en tant que victime indirecte de son emprisonnement, ont droit à la réparation. L'État défendeur conteste la demande au motif que chaque traumatisme subi par ses proches était la conséquence des crimes pour lesquels il avait été jugé et condamné selon la loi par les tribunaux nationaux et qu'aucun élément de preuve n'attestait de son lien avec son épouse alléguée ni de sa filiation avec ceux qu'il présentait comme neveu, frère et sœurs.

La Cour, dans sa décision, se fonde sur l'existence de la présomption de mariage dans la législation de l'État défendeur et sur l'acte de naissance du fils, Ibrahim Mohamed. À ce titre, elle conclut à l'existence d'un lien entre Lukresia L. Laurent et le Requérant et, de là que Lukresia L. Laurent a droit à une indemnisation pour préjudice moral subi en tant que victime indirecte. Pour ce faire, elle lui accorde à

titre de réparation, une somme d'un million cinq cent mille (1 500 000) shillings tanzaniens.

La Cour alloue également au fils du requérant, Ibrahim Mohamed, une somme d'un million (1 000 000) shillings tanzaniens, à titre de réparation du préjudice moral subi en tant que victime indirecte. Toutefois, la Cour rejette la demande en réparation concernant le neveu du requérant, Abiola Mansuri, son frère et ses sœurs, Mbaraka Abubakari, Judith Nelson et Sara Chirumba, au motif que leur filiation avec le requérant n'est pas établie.

Quant aux réparations non pécuniaires, le requérant demande que soit ordonnée sa libération de prison. Pour sa part, la Cour rejette la demande du requérant au motif qu'elle est sans objet, car il a été mis en liberté, après avoir purgé sa peine de prison. En outre, le Requêteur demande à la Cour d'ordonner à l'État défendeur, de garantir la non-répétition des violations dont il a été victime et de faire rapport tous les six (6) mois jusqu'à la mise en œuvre complète de l'ordonnance. L'État défendeur refuse d'accéder à cette demande aux motifs qu'elle est « intenable, maladroite, sans fondement et mal conçue ». La Cour la rejette, car il est impossible que ces violations se reproduisent à l'égard du requérant. Pour la Cour, l'adoption par l'État défendeur d'une loi sur l'assistance judiciaire est une mesure visant à garantir la non-répétition. Par ailleurs, la Cour réitère l'obligation incombant à l'État défendeur en vertu de l'article 34 du Protocole et lui enjoint de prendre des mesures appropriées pour mettre en œuvre l'arrêt sur les réparations et en faire rapport à la Cour.

Sur les moyens du requérant relatifs à la publication de l'arrêt au *Journal officiel* à titre de mesure de satisfaction, la Cour enjoint à l'État défendeur de publier les arrêts sur le fond et les réparations sur les sites Internet officiels des services judiciaires et du ministère des Affaires constitutionnelles et juridiques et d'y garantir leur accessibilité pendant un (1) an au moins après publication.

2. Observations

À la lecture de cet arrêt, une question centrale est au cœur du débat : la motivation de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples est-elle conforme aux enseignements du droit international, en ce qui concerne la réparation des préjudices en cas de violation des droits de l'homme ?

Selon les principes bien établis du droit international, la violation des droits de l'homme constitue un fait internationalement illicite. L'État responsable d'un fait internationalement illicite a l'obligation de réparer toutes les conséquences qui découlent du constat de violation et est tenu « de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite »¹⁵. La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples affirme le principe de la réparation intégrale des préjudices depuis l'affaire *Lohé Issa Konaté c. Burkina Faso* (§ 15).

Pour arriver à cette réparation intégrale des préjudices, la jurisprudence internationale a posé des modalités de réparation à savoir, la priorité de la restitution sur l'indemnisation, la détermination précise des titulaires du droit à la réparation, la détermination des préjudices indemnifiables, l'indication des mesures de protection interne de l'indemnisation internationale ainsi que le réexamen ou la réouverture des poursuites. Dans cette contribution, nous allons analyser successivement l'état des lieux de la jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples sur chacune de ces modalités de réparation.

I. LA PRIORITÉ DE LA RESTITUTION SUR L'INDEMNISATION

En matière de réparation des préjudices dus en cas de violation des droits de l'homme, il existe deux modes : la restitution et l'indemnisation.

La restitution ou *restitutio in integrum* appelée aussi réparation en nature consiste à mettre les choses comme elles étaient avant la violation (*pristin* état). L'indemnisation appelée également réparation par équivalent, consiste à payer une somme d'argent correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature. L'indemnisation n'intervient que lorsque la restitution en nature s'avère impossible, impossibilité résultant de l'état du droit interne de l'État responsable de la violation ou de la nature même de la lésion¹⁶.

¹⁵ G. ARANGIO-RUIZ, *Rapport de la C. D. I.*, doc. Off. 43^{ème} session, suppl. n° 10, A/43/10, p. 201, n° 540

¹⁶ À ce sujet, voy. notamment l'arrêt : Cour eur.dr.h., arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, 10 mars 1972, §20.

La distinction entre ces deux formes de réparation ainsi que la priorité de la restitution sur l'indemnisation, sont profondément ancrées en droit international général¹⁷ et dans la jurisprudence internationale¹⁸.

Dans l'arrêt rendu par la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples dans l'affaire *Mohamed Abubakari c. Tanzanie*, cette juridiction ne s'est pas prononcée sur la distinction entre la restitution et l'indemnisation ainsi que la priorité du premier mode sur le second. Toutefois, dans sa jurisprudence antérieure, notamment dans l'arrêt sur les réparations rendu dans l'affaire *Lohé Issa Konaté c. Burkina Faso* du 3 juin 2016, elle s'est prononcée sur cette distinction. Selon la Cour,

« ... b) cette réparation doit couvrir l'ensemble des dommages subis par la victime, et inclut notamment la restitution, l'indemnisation, la réadaptation de la victime ainsi que des mesures propres à garantir la non-répétition des violations, compte tenu des circonstances de chaque espèce ».

II. LA DÉTERMINATION PRÉCISE DES TITULAIRES DU DROIT A LA RÉPARATION

De manière générale, le droit à la réparation est reconnu à la victime directe de la violation, mais en cas de décès du requérant initial avant ou au cours de la procédure internationale, la jurisprudence internationale¹⁹ reconnaît la pleine transmissibilité des préjudices économiques (dommage matériel) et non économiques (dommage moral) aux proches de la victime qui deviennent des victimes indirectes.

¹⁷ L'article 35 du Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats dispose à ce sujet que « La réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, de manière unique et combinée... ».

¹⁸ Notamment les arrêts suivants :

- C.P.J.I., affaire relative à l'usine de Chorzów, arrêt du 13 septembre 1928, Recueil des décisions, Série A, n° 9, 21 (1927), p.47.
- Cour eur.dr.h., arrêt Papamichapoulos et autres c. Grèce, 31 octobre 1995, §§34-38.
- Cour interam.dr.h., arrêt Velasquez Rodriguez c. Honduras, 29 juillet 1988, §189.

¹⁹ Pour plus de précisions, voy. Notamment les arrêts suivants :

- Cour eur.dr.h., arrêt X...c. France, 31 mars 1992, §54.
- Cour eur.dr.h., arrêt Ahmet Sadik c. Grèce, 15 novembre 1966, §26.
- Cour eur.dr.h., arrêt Dalban c. Roumanie, 28 septembre 1999, §59.
- Cour interam.dr.h., arrêt Aloeboetoe et autres c. Surinam, 10 septembre 1993, Série C n° 15, §§54-66.
- Cour interam.dr.h., arrêt Garrido et Baigorria c. Argentine, 27 août 1998, Série C n°39, §55.
- Cour interam.dr.h., arrêt Barrios Altos c. Pérou, 30 novembre 2001, Série C n° 87, §31.

Dans l'arrêt sous examen, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples s'est prononcée dans la même ligne que cette jurisprudence qui reconnaît le droit à la réparation aux proches de la victime, à savoir sa femme et son fils²⁰. Ainsi, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples confirme de plus sa jurisprudence antérieure, car elle avait adopté la même position dans ses décisions antérieures notamment dans les affaires *Ayants droit de feus Norbert Zongo, Abdoulaye Nikiam dit Ablasse, Ernest Zongo et Blaise liboudo et Mouvement burkinabé des droits de l'homme et des peuples c. Burkina Faso* (réparations) (2015)²¹.

III. LES PRÉJUDICES INDEMNISABLES

Au titre des préjudices ou dommages indemnifiables, la jurisprudence internationale distingue le dommage matériel et le dommage moral.

1. Le dommage matériel

Dans la jurisprudence internationale, et plus particulièrement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, l'évaluation du dommage matériel couvre les préjudices suivants :

- Le *damnum emergens*, c'est-à-dire la perte matérielle subie ou les conséquences patrimoniales qui résultent de la commission d'un fait internationalement illicite.
- Le *lucrum cessans*, c'est-à-dire le gain manqué, la perte de revenus présents et futurs qui se réalise lorsque la violation commise a engendré un préjudice corporel rendant la victime handicapée ou ayant entraîné sa mort. La Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme²² ont déjà fixé les règles de calcul non seulement lorsque la victime a subi un préjudice corporel ayant pour effet de la rendre infirme, mais aussi lorsque le préjudice corporel a entraîné sa mort.
- Les frais et dépens, c'est-à-dire les dépenses engagées dans le cadre des procédures judiciaires internes ou internationales dans le but de faire

²⁰ Voir page 4 de cet arrêt, paragraphe 1.

²¹ Ces affaires peuvent être consultées dans le Recueil de jurisprudence de la Cour africaine, volume 1(2006-2016) disponible sur le site de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples www.africancourt.org

²² Dans le cadre européen, voy. notamment les arrêts :

- Cour eur. dr. h., arrêt *Stran et Stratis Anderadis c. Grèce*, 9 décembre 1994, Série A n° 301- B, § 82.
- Cour eur. dr. h., arrêt *Guillemin c. France*, 2 septembre 1998, § 24.

constater la violation. Les organes européen²³ et américain²⁴ de contrôle se rejoignent également sur la prise en compte des frais et dépens dans l'évaluation du dommage.

Au regard de tous ces éléments constitutifs du préjudice matériel, la question qui se pose est la suivante : la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples tient — elle compte de tous ces éléments dans l'évaluation du dommage matériel en ce qui concerne les réparations qu'elle accorde aux victimes des violations des droits de l'homme ?

À la lecture de l'arrêt sous analyse et des arrêts sur les réparations rendus par la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, les commentaires suivants peuvent être émis.

Tout d'abord, en ce qui concerne la perte matérielle subie ou les conséquences patrimoniales qui résultent de la commission d'un fait internationalement illicite désignée par l'expression latine *damnum emergens*, ainsi que les gains manqués visés par l'expression latine *lucrum cessans*, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples reconnaît le caractère indemnisable de ces dommages. Toutefois, ce caractère indemnisable n'est possible qu'à condition d'apporter les preuves de ses allégations. À défaut de preuve, cette juridiction fixe le montant de l'indemnisation d'après l'équité. Telle a été la position que la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples a adoptée non seulement dans l'arrêt sous examen *Mohamed Abubakari c. République-Unie de Tanzanie*,²⁵ mais aussi dans l'arrêt sur les réparations *Lohé Issa Konaté c. Burkina Faso*²⁶.

Ensuite, en ce qui concerne les frais et dépens, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples se fonde sur sa jurisprudence constante²⁷ et sur l'article 30 de son Règlement d'ordre intérieur²⁸. À ce titre, elle décide que chaque partie doit supporter ses frais de procédure.

²³ Voy. notamment l'arrêt : Cour eur. dr. h., *arrêt Zimmermann et Steiner c. suisse*, 13 juillet 1983, § 36.

²⁴ Voir notamment l'arrêt précité: Cour interam. dr. h., *arrêt Caballero Delgado et Santana contre Colombie*, 29 janvier 1997, Série C, n° 31, § 47.

²⁵ Page 3 de cet arrêt.

²⁶ Paras 40-51 de cet arrêt.

²⁷ Voy. Notamment page 4 de l'arrêt sous examen.

²⁸ Cet article dispose que « A moins que la Cour n'en décide autrement, chaque partie supporte ses frais de procédure »

Cette position de la Cour africaine est critiquable dans la mesure où le non-remboursement aux requérants des dépenses engagées dans le cadre des procédures judiciaires internes ou internationales dans le but de faire constater la violation laisse subsister un dommage matériel non réparé et partant, la réparation des préjudices n'est plus intégrale.

Sur ce point, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples se conforme partiellement à cette jurisprudence internationale.

2. Le dommage moral

Le dommage moral couvre la souffrance et l'angoisse ressenties par la victime directe ou par la famille d'une personne disparue ou détenue au secret. La jurisprudence internationale²⁹ reconnaît que ce dommage moral est inclus parmi les préjudices indemnisables.

La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples intègre sans cesse, le dommage moral parmi les préjudices indemnisables tel que cela apparaît dans le paragraphe 4 de cet arrêt.

IV. Les mesures de protection internes de l'indemnisation internationale

Lorsque le montant de l'indemnisation due pour la réparation des préjudices a été fixé, il y a quatre mesures qui doivent être adoptées en droit interne de l'État débiteur afin de respecter le principe de la réparation intégrale des dommages. Ce sont les mesures suivantes : l'immunité fiscale de l'indemnisation internationale, l'insaisissabilité de la même indemnisation, l'allocation des intérêts moratoires ainsi que l'utilisation d'une monnaie de référence.

Dans toutes ces mesures, la Cour africaine s'est conformée totalement à la jurisprudence internationale uniquement sur l'allocation des intérêts moratoires³⁰ et partiellement sur l'utilisation d'une monnaie de référence³¹.

²⁹ Voy. notamment Cour interam.dr.h., arrêt *Loayza Tamayo c. Pérou*, 27 novembre 1998, Série C n° 42, §§ 144, 147, 151 et 152.

³⁰ Dans l'arrêt sur les réparations *Lohé Issa Konaté c. Burkina Faso*, §60 (vii).

³¹ Dans l'arrêt sur les réparations *Lohé Issa Konaté c. Burkina Faso*, §60 (iv) et (v).

V. Le réexamen ou la réouverture des poursuites

Lorsque les préjudices dont se plaignent les victimes ont été causés directement par une décision de justice, la solution normale qu'implique la *restitutio in integrum* consiste en principe, à rouvrir le procès afin que, au cours d'une nouvelle procédure, les règles régissant l'équité du procès soient entièrement respectées. La *res judicata* est un obstacle de droit si le législateur ne prévoit pas expressément que l'intervention d'une décision de condamnation pour violation des droits de l'homme doit être considérée comme une cause légale de révision ou de reprise d'une procédure. L'autorité de la chose jugée est traditionnellement justifiée par la paix sociale, le respect dû aux décisions de justice, les nécessités de la répression. Dans le cas où la décision de condamnation révèle des défaillances structurelles ou générales dans le droit ou la pratique d'un État, il est normal que l'autorité de la chose jugée cède devant la nécessité de remettre le requérant dans une situation aussi proche que possible de celle où il se serait trouvé si ses droits n'avaient pas été violés.

Pour éviter que l'autorité de la chose jugée ne soit un obstacle pour la reprise des procédures au niveau interne, les autres systèmes de protection des droits de l'homme exigent non seulement que les États ouvrent de nouveau les procédures internes en cas de condamnation, mais aussi prévoient un texte juridique qui oblige les États parties à prévoir dans leurs droits internes une procédure de révision à la suite d'une décision de condamnation.

La question que l'on peut se poser est de savoir si la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples va jusqu'à exiger dans sa jurisprudence que les États reprennent les procédures internes en cas de condamnation pour violation des principes d'un procès équitable.

À la lecture de l'arrêt sous examen, il apparaît que la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ne s'est pas prononcée sur cette question, mais elle l'a déjà fait dans l'arrêt en interprétation rendu dans l'affaire *Mohamed Abubakari c. Tanzanie*. Cette Cour s'est prononcée dans ces termes :

« Comme cela vient d'être indiqué, la forme la plus appropriée de redressement pour violation du droit à un procès équitable consiste à faire en sorte que la victime se trouve dans la situation qui aurait été la sienne si les violations constatées n'avaient pas été commises. Pour y parvenir, l'État défendeur a deux possibilités : soit réexaminer l'affaire dans le respect des

règles du procès équitable, soit prendre toutes les mesures requises pour s'assurer que le Requérant se trouve dans la situation qui a précédé lesdites violations »³².

En se prononçant ainsi, il apparaît que la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples adopte la même position que les autres organes internationaux sur cette question.

3. Pour en savoir plus

Pour consulter l'arrêt : Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, requête n° 007/2013, arrêt du 4 juillet 2019, *Mohamed Abubakari c. République-Unie de Tanzanie*.

Jurisprudence : Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, requête n° 004/2013, arrêt du 3 juin 2016, *Lohé Issa Konaté c. Burkina Faso*.

Rapports :

- ARANGIO-RUIZ, *Rapport préliminaire sur la responsabilité des États*, A/CN. 4/416, A. C. D.I. 1988, n° 41.
- ARANGIO-RUIZ, *Rapport de la C. D. I.*, doc. Off. 43^{ème} session, suppl. n° 10, A/43/10, p. 201, n° 540.
- RIPHAGEN, 2^{ème} Rapport sur la responsabilité des États, A.C.D.I., 1981, A/CN. 4/344, vol. 2, 1^{ère} partie, n° 68.
- Rapport du Comité des droits de l'homme, Vol. I., A/49/40, chap. VIII.

Doctrine : ZEMANEK K., *La responsabilité des États pour faits internationalement illicites ainsi que pour faits internationalement licites*, in Responsabilité internationale, Institut des hautes études internationales de Paris, Paris, 1988, pp. 65 et suivants.

Pour citer cette note : Egide MANIRAKIZA, « La portée des réparations accordées par la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples en cas de violation des droits de l'homme, note sous Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, requête n° 007/2013, arrêt du 4 juillet 2019, *Mohamed Abubakari c. République-Unie de Tanzanie* », Cahiers du CERDHO, septembre 2019.

³² Requête n°002/2017 aux fins d'interprétation de l'arrêt du 3 juin 2016 Mohamed Abubakari c. Tanzanie, arrêt en interprétation du 28/9/2017, para.33.

CIRDI, affaire n° ARB/99/7, sentence arbitrale rendue le 9 février 2004, M. PATRICK MITCHELL (Demandeur) contre RDCongo (Défenderesse) La contribution au développement économique de l'État hôte comme critère autonome de la définition de l'investissement étranger direct

J-P MUSHAGALUSA

1. Décision d'annulation et sentence

La RDC saisit le comité *ad hoc* du CIRDI pour solliciter l'annulation de la sentence arbitrale rendue le 9 février 2004. Aux termes de cette sentence, le différend oppose M. Patric *Mitchell* (Demandeur) du Cabinet de conseils juridiques « Mitchell & Associates » et République démocratique du Congo (RDC), « la défenderesse », relativement à l'intervention ordonnée par la Cour d'ordre militaire de la RDC. Celle-ci avait abouti, le 5 mars 1999, à la mise sous scellés du Cabinet de Mitchell, à la saisie de documents jugés compromettants et d'autres biens, à l'évacuation des employés dudit cabinet suivie de l'arrestation de deux collaborateurs (Messieurs Risasi et Djunga) en date du 5 mars 1999 qui, par la suite, furent acquittées par ladite Cour le 12 novembre 1999. Pour le demandeur, M. Mitchell, ces actes étaient constitutifs d'expropriation en violation de Traité bilatéral d'investissement (TBI) entre États-Unis et la RDC de 1984³³. Sur base de ces éléments, le CIRDI retient sa compétence à juger l'affaire et condamne la RDC sur le fond.

Sur la forme, le CIRDI fonde sa compétence sur le TBI précité en dépit du déclinatoire de compétence soulevé par la RDC portant sur l'inexistence d'un investissement au regard du critère de contribution au développement économique. Le CIRDI rejette cette exception et décide que le présent litige relève de la juridiction du tribunal. Dans sa sentence en ses paragraphes 48-55, le tribunal arbitral retient comme élément d'investissement, les biens mobiliers et tous documents (dossiers, archives et objets similaires du Cabinet [cfr point I c] [i] du TBI précité) ; le droit au savoir-faire et celui d'exercer ses activités (TBI, point I c) (iv) et les revenus enregistrés sur les comptes du demandeur.

³³ Ce TBI est disponible sur <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/828/download>

Sur le fond, le tribunal établit l'existence d'une expropriation par la RDC, le condamne à payer à Mitchell, la somme de 750 000 \$ avec intérêt de 7,75 % par an à compter du 6 mars 1999 jusqu'au jour du paiement et la somme de 95 000 \$ assorti de 7,75 % d'intérêt par an à compter de la date de la sentence en tant que contribution aux frais, dépenses et honoraires des Conseils du Demandeur. La RDC, partie demanderesse conteste le raisonnement du tribunal arbitral devant le comité ad hoc. La défenderesse allègue deux motifs prévus à l'art. 52 (1) (b) et (e) de la Convention CIRDI, à savoir l'excès de pouvoir manifeste et le défaut de motifs³⁴.

Concernant l'excès de pouvoir manifeste, la RDC prétendait que le litige ne relevait pas de la juridiction du CIRDI ni de la compétence du Tribunal arbitral. Elle soutient en premier lieu que l'activité du Cabinet Mitchell ne pouvait être qualifiée d'« investissement », car n'étant pas de nature à contribuer au développement économique et social du pays d'accueil, mais plutôt à la promotion de l'investisseur lui-même (§34). Qu'en outre, l'activité de Conseil juridique ne pouvait être considérée comme une activité commerciale couverte par le TBI entre les États-Unis et la RDC (§35).

Et qu'en plus, le concept de « service » au sens dudit TBI était à comprendre comme « un service commercial ou économique relatif aux investissements, excluant ainsi les prestations de conseil juridique (§36). Enfin, que cette activité du Cabinet ne répondait pas aux conditions objectives de l'investissement, car ne constituant pas une opération à long terme matérialisée par un apport important de ressources et n'était pas d'une importance telle pour l'économie de la RDC pour qu'elle se distingue d'une opération commerciale ordinaire (§37).

S'agissant du défaut de motifs, la RDC reproche à la sentence d'être entachée d'un défaut de motifs quant à la compétence *ratione materiae* du tribunal, quant à la qualification d'expropriation des mesures litigieuses et quant au montant du dommage réparable. Concernant le défaut de motifs lié à la compétence *ratione materiae*, la RDC conteste les raisons avancées par le Tribunal arbitral pour retenir l'existence d'un investissement.

³⁴ Selon cette disposition, « Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire Général l'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants : (...) (b) Excès de pouvoir manifeste du Tribunal ; et (e) Défaut de motifs.

En ce qui est du défaut de motifs à la qualification d'expropriation entachant la sentence, la RDC reproche à la sentence de ne pas avoir tenu compte de l'article X (1) du TBI sur les « mesures non exclues par le présent traité libellé comme suit : *“Le présent Traité n'exclut pas l'application par l'une ou l'autre des parties des mesures nécessaires sur son territoire pour le maintien de l'ordre et de la moralité publics, pour la satisfaction de ses obligations en ce qui concerne le maintien, le rétablissement de la paix et de la sécurité internationales ou la protection des intérêts essentiels en matière de sécurité”*. Pour la RDC, cet article rend le traité non applicable dans sa totalité ou détermine le champ d'exclusion de celui-ci en rendant l'article III non applicable.

En ce qui est du défaut de motifs quant à l'évaluation de l'indemnisation, la RDC se fonde sur plusieurs raisons, notamment le fait que la sentence retient comme base de calcul du préjudice, la projection dans le futur sans que le tribunal s'explique sur ce point. Elle souligne que si le retour de Mitchell en RDC signifiait que les effets de l'expropriation ont pris fin, les mesures prises par le cabinet de Mitchell n'auraient pas entraîné la perte complète du cabinet en tant qu'entreprise rendant des services en RDC (voir § 65 de la sentence) et la perte de la clientèle ne serait pas définitive, car cela serait en contradiction avec le paragraphe 72 de la sentence. Il y aurait alors contradiction de motifs (64).

Le demandeur, Mr Patrick Mitchell, s'opposait aux prétentions de la défenderesse alléguant que sa demande en annulation avait un caractère abusif, tendant à contrôler le fond de la sentence. Par conséquent, il demande au Comité ad hoc de la rejeter intégralement sur base de l'article 52 (4) et du chapitre VI de la Convention et de mettre à la charge de la défenderesse l'intégralité des frais de la procédure, les honoraires des conseils y compris (§18).

Rencontrant les prétentions des parties, le Comité ad hoc construit son raisonnement à plusieurs volets. D'abord, il souligne qu'un cabinet de conseils juridiques étant une opération peu commune au vu de la notion d'investissement, il faudrait que la contribution au développement économique ou du moins l'intérêt de l'État, en l'occurrence la RDC, soit d'une certaine façon présente dans cette opération. Que si

tel était le cas, la qualification du demandeur comme investisseur et de ses services comme investissement serait possible (§39).

Le comité ad hoc note cependant que la sentence est en réalité silencieuse sur ce point nonobstant la mention vague qui apparaît au §47 de la sentence où le tribunal s'estime être amplement renseigné sur les activités exercées par M. Mitchell. Le comité conclut que la sentence est lacunaire et obscure sur ce qu'elle retient comme investissement, sans donner la moindre explication sur la relation entre le Cabinet Mitchell et la RDC. Aux yeux du comité ad hoc, une telle insuffisance des motifs est considérée comme particulièrement grave, car outre qu'elle affecte sérieusement la cohérence du raisonnement, elle ouvre la porte à un risque de véritables abus, dans la mesure où elle revient à accorder la qualification d'investissement à tout cabinet de conseils juridiques ou d'avocats s'installant dans un pays étranger, lui permettant ainsi de se prévaloir du système spécial du CIRDI (§40). Le comité estime ainsi que *“la sentence est entachée d'un défaut de motifs, dans le sens d'une insuffisance de motifs telle qu'elle affecte sérieusement la cohérence du raisonnement quant à l'existence d'un investissement au sens de l'art. 25 (1).* Il ajoute en plus qu'il se trouve contraint d'annuler la sentence du 9 février 2004 pour 'défaut de motifs et excès de pouvoir manifeste commis par le tribunal arbitral dans sa décision de se déclarer compétent'. Souligne ensuite que le tribunal arbitral a forcé la notion d'investissement en vue d'affirmer sa compétence (§46) et que cet excès de pouvoir est manifeste, car à première lecture de la sentence, avant même celle du traité, on s'interroge sur le fondement de la compétence du tribunal arbitral en général et on est déconnecté par le constat que les revenus perçus aux États-Unis et non réinvestis dans l'État d'accueil sont retenus comme élément de l'investissement au sens du TBI (§47). Le comité note qu'il se trouve contraint d'annuler la sentence pour défaut de motifs et excès de pouvoir manifeste commis par le tribunal arbitral dans sa décision de se déclarer compétent (48) ; considère qu'il n'y a pas lieu de l'annuler pour défaut de motifs quant à l'application de l'article X (1) (§60) et qu'elle n'est entachée d'un défaut de motifs quant à l'évaluation de l'indemnisation (§66). Le comité ad hoc décide, à l'unanimité (§67) à :

- *'Annual Award of February 9, 2004, on the grounds of manifest excess of powers and failure to state reasons (Article 52 (1) (b) and (e) of the Convention) owing to the decision of the*

Arbitral Tribunal to accept its jurisdiction on the basis of the existence of an investment within the meaning of the Washington Convention; such annulment applies necessarily to the Award in its entirety, pursuant to Article 52 (3) of the Convention.

- *Order the equal sharing of the costs of the Annulment Proceeding between the parties, with each bearing the expenses incurred for its own defence, including legal fees, which in this case, in consideration of all the circumstances of this Annulment Proceeding, appears to the ad hoc Committee to be fair and equitable. Consequently, since the DRC has solely been responsible for making the advance payments covering the costs of the Annulment Proceeding, amounting to USD 200,000, claimant is ordered to pay the DRC the amount of USD 100,000'*

2. Observations

Du point de vue juridique, cette décision a conduit à l'annulation d'une sentence arbitrale antérieurement prononcée à l'encontre de la République démocratique du Congo, au motif de l'incompétence du tribunal arbitral. Celle-ci résultait du fait que M. Mitchell, citoyen des États-Unis, ne jouissait pas de la qualité d'investisseur conformément à l'art. 25 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États.

En effet, tout d'abord, le Comité ad hoc rappelle que le système d'annulation instauré par l'article 52 de la Convention de Washington n'est pas une procédure d'appel (§19). Dès lors, ses motifs doivent être examinés de manière neutre et raisonnable, c'est-à-dire ni restrictive ni extensive ; l'annulation ne pouvant être prononcée qu'en cas de violation substantielle d'une règle protégée par cette disposition.

Le comité note qu'en ce qui concerne le motif d'annulation soulevé par la défenderesse à l'article 52 (1) (b) au titre de la compétence, il s'agit de l'aspect positif et habituel de l'excès de pouvoir où le tribunal a fait ce qu'il n'avait le droit de faire, c'est-à-dire de *s'être déclaré compétent pour un investissement qui n'en était pas un*. En revanche, concernant ce même motif, invoqué sous l'angle du droit applicable, il s'agit de l'aspect négatif de l'excès de pouvoir, où ce qui est reproché au tribunal 'est de n'avoir pas fait ce qu'il avait l'obligation de faire ; c'est-à-dire de *ne pas avoir examiné toutes les dispositions du traité*'. Toutefois, le Comité souligne que l'excès de pouvoir ne peut avoir de conséquence que s'il est manifeste, c'est-à-dire reconnu

par le comité de manière certaine et immédiate, sans entrer dans les analyses poussées de la sentence (§20).

S'agissant du défaut de motifs invoqué à l'art. 52 (1) (e), le Comité estime qu'il est constitué dès lors qu'il y a une absence pure et simple de motifs ou leur insuffisance affectant la cohérence du raisonnement (§21). Il souligne que la demande en annulation de la RDC comporte différentes critiques se rattachant à ces deux motifs, mais insiste sur l'existence d'un investissement qui conditionne la compétence du tribunal arbitral. C'est ici où réside l'intérêt de l'affaire au vu du positionnement pris par le comité *ad hoc* sur la question de 'la contribution au développement du pays-hôte comme critère autonome de qualification d'un investissement.

Si nombre d'arbitres ont été méfiants sur la question³⁵, la décision est une première dans laquelle 'un tribunal arbitral du CIRDI a été sanctionné pour ne pas avoir déterminé si l'investissement avait contribué *d'une manière ou d'une autre au développement économique de l'État-hôte*'³⁶. Ainsi, dans cette affaire, tout en précisant les caractéristiques de l'investissement mises en évidence par la jurisprudence du CIRDI³⁷ que sont l'apport, la durée, le risque et la contribution au développement économique du pays d'accueil (§27), le Comité affirme quelles sont interdépendantes, nécessitant ainsi une analyse globale³⁸. Il précise que l'existence d'une contribution au développement économique de l'État d'accueil est une caractéristique essentielle bien que non suffisante — ou critère incontestable de l'investissement (§33). Et de son avis, un cabinet de conseils juridiques étant une opération peu commune au vu de la notion d'investissement, il faudrait que cette contribution ou du moins l'intérêt de l'Etat (RDC) soit présent dans l'opération (§39). Un positionnement s'inscrit dans le préambule de la Convention qui pose quelques principes de base quant à son objet et son but dont l'art.25 notamment. Toutefois, le comité souligne que cette contribution ne doit pas toujours être importante ou fructueuse et que les tribunaux n'ont pas à en évaluer la réalité, exigeant ainsi un

³⁵A. Gilles, *La définition de l'investissement international*, Larquier, Bruxelles, 2012, pp.226-228.

³⁶F. GRISEL, « Arbitrage d'investissement et promotion du développement économique : une étude de cas », *OECD Global Forum on International Investment*, 27-28 mars 2008, p.2.

³⁷SaliniCostruttoriS.p. A et ItalstradeS.p. A c Rayaume du Maroc ICSID Case N°ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, §52 (Jul. 23,2001), disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf> ; SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29, Award, 10 February 2012, Fedax N.V v République of Venezuela, ICSID Case N°ARB/96/3, Decision on Objection to Jurisdiction, July 11, 1997, 5ICSID Rep. 186 (2002).

³⁸ E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, (Vol. II 2004-2008), A. Pedone, Paris, 2010, p.342.

examen au cas par cas (§33). Cette position bien que ne résorbe pas la division caractérisant la jurisprudence sur la question, et dans une certaine mesure la doctrine³⁹, elle l'admet néanmoins comme " *an additional condition* »⁴⁰ dans la définition de l'investissement.

1. Pour en savoir plus

Pour consulter la décision : CIRDI, Procédure en annulation de la sentence arbitrale rendue le 9 février 2004 entre *M. PATRICK MITCHELL (Demandeur) et la RD Congo (Défenderesse)*, Affaire No ARB/99/7, disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0537.pdf>.

Textes juridiques

- Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre États et Ressortissants d'autres États du 18 mars 1965 ;
- Traité bilatéral entre les États-Unis et la RDC concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements (TBI), conclu 03/08/1984, en vigueur depuis 28/07/1989.

Jurisprudence

- *Fedax N.V v Republic of Venezuela*, ICSID Case N°ARB/96/3, Decision on objection to Jurisdiction, July 11, 1997, 5 ICSID Rep. 186 (2002);
- *Salini Costruttori S.p. A et Italstrade S.p. À c Royaume du Maroc*, ICSID Case N° ARB/00/4, Décision sur la Compétence, §52 (Jul. 23, 2001) ;
- *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, Award, 10 February 2012.

Doctrine

- **Gilles A.**, *La définition de l'investissement international*, Larcier, Bruxelles, 2012 ;
- **Gaillard E.**, *La jurisprudence du CIRDI*, (Vol. II 2004-2008), A. Pedone, Paris, 2010 ;
- **KAHN et B. POULAIN P.**, « L'investissement international : définition ou définitions ? » in T. W. WALDE (dir), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux, New aspects of international investment Law*, Académie de droit international de La Haye, Leiden/Boston, 2007 ;
- **Grabowski A.**, *The Definition of investment under ICSID Convention: A Defence of Salini*, in *Chicago Journal of International Law*, vol. 15, n°1, 2014, pp. 287-290;
- **GRISEL F.**, « Arbitrage d'investissement et promotion du développement économique : une étude de cas », *OECD Global Forum on International Investment*, 27-28 mars 2008, pp. 2-4.

³⁹ P. KAHN et B. POULAIN, "L'investissement international : définition ou définitions ?", in T. W. WALDE (dir), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux, New aspects of international investment Law*, Académie de droit international de La Haye, Leiden/Boston, 2007, pp.125-130 et A. Grabowski, "The Definition of investment under ICSID Convention : A defense of Salini", in *Chicago Journal of International Law*, Vol.15, n°1, 2014, pp.287-290.

⁴⁰ *Salini et al. V. Marocco*, ICSID Case N°ARB/00/4, note 5. P. KAHN et B. POULAIN, "L'investissement international : définition ou définitions ?", in T. W. WALDE (dir), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux, New aspects of international investment Law*, Académie de droit international de La Haye, Leiden/Boston, 2007, pp.125-130 et A. Grabowski, "The Definition of investment under ICSID Convention : A defense of Salini", in *Chicago Journal of International Law*, Vol.15, n°1, 2014, pp.287-290.

Pour citer cette note : J-P. MUSHAGALUSA, “La contribution au développement économique de l’État hôte comme critère autonome de la définition de l’investissement : quand le Comité ad hoc sanctionne la méfiance du tribunal arbitral, note sous CIRDI, affaire n° ARB/99/7, Décision du 1^{er} novembre 2006, *Mitchell contre RDC*”, Cahiers du CERDHO, avril 2019.