

L'affaire Total et ses enjeux¹
par
Benoît Frydman
Professeur à l'Université Libre de Bruxelles

« L'affaire Total » concerne de graves violations des droits de l'homme et du droit humanitaire perpétrées au Myanmar (ex-Birmanie) par des soldats de la junte militaire au pouvoir, lors du développement d'un immense gisement gazier sous-marin, conjointement par le géant pétrolier français, la société américaine Unocal et une entreprise publique birmane. Ce projet, qui a débuté en 1995 et nécessité la mise en place d'importantes infrastructures, notamment la construction d'un gazoduc terrestre d'une soixantaine de kilomètres, qui achemine le gaz collecté vers la Thaïlande, a donné lieu, selon de multiples témoignages, à de sinistres exactions de la part des bataillons de l'armée régulière, affectés soi-disant à « la sécurité » du chantier, sous la responsabilité du partenaire birman. L'armée, accusée par plusieurs rapports internationaux de violations graves des droits de l'homme à l'égard des populations civiles, en particulier certaines minorités ethniques², a ici procédé au déplacement en masse des populations locales situées sur le passage du gazoduc, les dépossédant par la même occasion de leurs terres, et organisé le travail forcé de ces populations pour la construction de certains ouvrages, en se livrant en outre à des exécutions sommaires, des viols et des actes de torture. Il est reproché aux sociétés Total et Unocal non seulement d'avoir collaboré avec le peu fréquentable régime birman, condamné par la communauté internationale, mais encore de s'être rendues complices de ces crimes, dont elles auraient tiré profit, sans pouvoir en ignorer l'existence.

Plusieurs raisons motivent mon choix d'évoquer ces crimes commis à l'autre bout du monde dans cet ouvrage en hommage à Paul Martens. La première, sans

¹ Ce texte participe d'un travail en cours, qui s'inscrit au confluent de plusieurs recherches collectives dont je suis redevable, en particulier le séminaire international sur les décisions judiciaires globales, sous la direction d'Antoine Garapon (Paris, 2005-2007) et la recherche du Centre Perelman de philosophie du droit qui a conduit à l'ouvrage collectif *Entreprises responsables et corégulation* (Bruylant, 2006, sous presse), écrit en collaboration avec Th. Berns, P.F. Docquir, L. Hennebel et G. Lewcovicz. Je suis tout particulièrement redevable envers Ludovic Hennebel, qui a rassemblé un dossier très complet sur l'affaire Total, dans lequel j'ai pu puiser une grande partie des sources utilisées dans le présent travail.

² Voir en particulier le rapport intermédiaire du 12 août 2005, établi par M. Pinheiro, rapporteur spécial de la commission des droits de l'homme de l'O.N.U.. L'O.I.T. a également dénoncé les pratiques de travail forcé au Myanmar.

doute la plus apparente, est que la justice belge a été saisie de cette affaire, dans le cadre de la loi dite de compétence universelle³, et que celle-ci a donné lieu à d'importantes décisions judiciaires, en particulier deux arrêts de la Cour d'arbitrage⁴, auxquels le juge Martens a d'ailleurs pris une part active⁵. Ces arrêts, qui ont conduit à l'annulation de certaines dispositions transitoires de la loi du 5 août 2003 modifiant les critères de la compétence universelle, ont également mis en évidence une nouvelle divergence de point de vue entre la cour constitutionnelle et la Cour de cassation⁶.

Au-delà de ce nouvel épisode des péripéties de la loi belge de compétence universelle et du feuilleton de « la guerre des juges », d'autres raisons, peut-être plus importantes, justifient que l'on s'intéresse à cette affaire, à commencer par l'importance des problèmes juridiques qu'elle soulève. L'affaire Total pose en effet, avec d'autres de plus en plus nombreuses, la question de plus en plus aiguë de la responsabilité, ou plutôt de l'irresponsabilité, des sociétés transnationales en cas de violation des droits de l'homme⁷. Elle pose également la question délicate de la compétence des juridictions nationales à l'égard de ces sociétés, pour des faits commis à l'étranger, notamment sur le territoire d'États faibles ou autoritaires⁸, qui ne peuvent pas ou ne veulent pas rendre justice aux victimes, lesquelles se trouvent souvent dès lors privées de tout recours effectif et de toute possibilité d'obtenir réparation.

Le droit positif n'apporte pas en l'état actuel des choses de solution satisfaisante au problème de la responsabilité des sociétés transnationales⁹. Mais il est de la nature du droit positif d'évoluer et de la responsabilité de ceux qui l'appliquent

³ Paul Martens a lui-même consacré une étude particulière à ce qu'il appelle « L'expérience belge de compétence universelle » in S. Gaboriau et H. Pauliat (dir.), *La justice pénale internationale*, Limoges, PULIM, 2002, pp. 189-198.

⁴ Les arrêts 68/2005 du 13 avril 2005 et 104/2006 du 21 juin 2006.

⁵ Siégeant dans les deux affaires, il a prononcé le premier arrêt en audience publique au nom de la Cour, tandis qu'il a été l'un des deux rapporteurs du second arrêt.

⁶ Sur cette question, on relira l'excellent article de MM. J. van Compernelle et M. Verdussen, « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? A propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 2000, pp. 297-304.

⁷ Pour une étude systématique de cette question : L. Hennebel et P.F. Docquir, « L'entreprise titulaire et garante des droits de l'homme », in Berns, Docquir, Frydman, Hennebel et Lewckowicz, *Entreprises responsables et corégulation*, Bruylant, col. « Penser le droit », 2006 (sous presse). Pour une approche plus générale de la question, en ce compris mais au-delà de la seule responsabilité judiciaire, voir le tout récent ouvrage dirigé par O. De Schutter, *Transnational Corporations and Human Rights*, Hart Publishing, 2006.

⁸ J'emprunte cette notion « d'États faibles ou autoritaires » à Ludovic Hennebel (travaux précités).

⁹ En ce sens : P. SIMONS, « Corporate Voluntarism and Human Rights », 59, *Relations industrielles / Industrial Relations*, 2004, pp. 101-139 et M. DELMAS-MARTY, « Désordre mondial et droits de l'homme », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. 1, p. 635 et s. – Adde : B. Frydman, « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », in Berns, Docquir, Frydman, Hennebel, Lewckowicz, *Entreprises responsables et corégulation*, Bruylant, col. « Penser le droit », 2006 (sous presse).

de le faire évoluer dans une direction juste. Et c'est là une raison supplémentaire d'évoquer ce problème précisément dans cet ouvrage dédié à Paul Martens. Dans son livre *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*¹⁰, Paul Martens nous enseigne en effet presque à chaque page à ne pas considérer la règle de droit comme figée ou gravée dans le marbre, mais à y voir plutôt l'expression d'une réalité sociale, qui si elle exprime un rapport de forces souvent cynique ou injuste, peut cependant parfois être corrigée par la volonté des hommes, notamment par l'action prudente, mais décidée des juges. Or l'affaire Total offre un exemple de ces cas difficiles qui requièrent des juges, probablement plus encore que dans d'autres affaires, de prendre leurs responsabilités, en leur fournissant l'occasion de donner, ou non, un coup de pouce au droit positif, afin de le conduire vers une réalisation meilleure ou plus complète des principes fondamentaux du droit et de la justice¹¹.

La nature même de ces questions oblige à élargir la perspective et l'investigation au-delà des frontières étroites de notre pays. L'affaire Total nous en offre précisément l'opportunité puisqu'elle a donné lieu à des actions judiciaires non seulement chez nous, mais aussi en France et aux États-Unis. Dans la présente étude, nous passerons en revue ces différentes procédures. Leur examen, même rapide, permet de se faire une meilleure idée de la difficulté et de l'enjeu des problèmes posés par cette affaire et de comparer les mérites des tentatives qui ont été engagées pour y apporter, avec des fortunes diverses, des commencements de solution. Peut-être aussi cette étude comparative d'un genre particulier jette-t-elle un éclairage différent ou complémentaire sur le volet belge de l'affaire, qui à ce jour n'est d'ailleurs pas terminée.

I. La procédure belge devant la Cour de cassation et la Cour d'arbitrage

En *Belgique*, plusieurs victimes du projet Yadana ont porté plainte en 2002 contre Total et ses dirigeants et se sont constituées partie civile devant le juge d'instruction de Bruxelles, sur la base de la loi dite de compétence universelle¹². L'instruction a cependant été interrompue ensuite de l'abrogation de la loi de compétence universelle par la loi du 5 août 2003¹³. Les dispositions transitoires de

¹⁰ Larcier, 2003.

¹¹ Sur cette conception de l'interprétation et de la solution des cas difficiles, voir B. Frydman, *Le sens des lois*, LGDJ-Bruylant, 2005, spéc. §§ 317-319, p. 650 et s., ainsi que les références citées aux travaux de Dworkin et d'Habermas notamment. Sur l'usage de cette méthode par la Cour d'arbitrage par le moyen de la technique de l'interprétation conciliante, voir B. Frydman, « L'autorité des interprétations de la Cour d'arbitrage », in *La Cour d'arbitrage et le droit privé*, *Revue de droit de l'U.L.B.*, n° 25, 2002, pp. 107-127, dans le cadre d'un travail collectif mené en collaboration avec Paul Martens.

¹² Loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire.

¹³ La loi de compétence universelle avait été dans un premier temps modifiée par la loi 10 février 1999 dans un sens extensif afin d'y inclure les crimes de génocide et contre l'humanité et d'empêcher que

cette loi règle le sort des affaires pendantes et organisent en particulier le dessaisissement des juridictions belges, prononcé par la Cour de cassation, pour les affaires ne présentant pas un lien de rattachement suffisant avec la Belgique¹⁴. L'article 29 § 3 al. 2 de la loi prévoit cependant une exception pour les « (...) affaires ayant fait l'objet d'un acte d'instruction à la date d'entrée en vigueur de la présente loi, dès lors que, soit au moins un plaignant était de nationalité belge au moment de l'engagement initial de l'action publique, soit au moins un auteur présumé a sa résidence principale en Belgique, à la date d'entrée en vigueur de la présente loi ».

En application de la loi nouvelle, le procureur fédéral transmet le dossier Total au procureur général près la Cour de cassation, qui requiert le dessaisissement. La société Total (à l'époque Total Fina Elf) a son siège en France et non en Belgique, bien qu'elle ait installé chez nous un centre de coordination, qui bénéficie cependant d'une personnalité juridique distincte. En outre, aucun plaignant ne jouissait de la nationalité belge ni ne résidait en Belgique depuis plus de trois ans au moment de la plainte, bien que l'un des plaignants bénéficie du statut de réfugié dans notre pays depuis 2001¹⁵.

Avant de se prononcer, la Cour de cassation posa toutefois, dans l'urgence, à la demande des plaignants, une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage sur la conformité à la Constitution des dispositions transitoires de la loi du 5 août 2003, en tant que celles-ci sont muettes à l'égard des plaintes introduites par les réfugiés. En vertu de la Convention internationale de 1951 relative au statut des réfugiés¹⁶, que la Belgique a ratifiée, les réfugiés doivent en effet se voir accorder le même traitement que les nationaux en ce qui concerne l'accès aux tribunaux. Par son arrêt 68/2005 du 13 avril 2005, la Cour d'arbitrage répondit qu'« en tant qu'il imposerait le dessaisissement des juridictions belges bien qu'un plaignant soit un réfugié reconnu en Belgique au moment de l'engagement initial de l'action publique, l'article 29 § 3

les auteurs ne puissent se prévaloir de leur immunité. Suite à la condamnation de la Belgique par la Cour internationale de justice en 2002, pour avoir méconnu l'immunité des chefs d'état, à la multiplication des plaintes, notamment contre des personnalités importantes de l'administration américaine et aux pressions consécutives de celle-ci, la compétence universelle a été revue dans un sens restrictif cette fois par la loi du 23 avril 2003, sans mettre fin cependant aux difficultés diplomatiques. La loi du 5 août 2003 a finalement abrogé la loi de 1993 et modifié le Code pénal, le titre préliminaire du Code de procédure pénale et le Code d'instruction criminelle en vue de permettre, dans certaines conditions, la poursuite des infractions graves au droit international humanitaire.

¹⁴ Article 29 § 3 de la loi du 5 août 2003.

¹⁵ Il a depuis lors obtenu la nationalité belge, mais, cette circonstance n'entre pas en ligne de compte dans la mesure où les dispositions transitoires de la loi considère le statut du plaignant au moment du dépôt de la plainte (A. Kettels, « L'affaire Total Fina : quand le pragmatisme prend le pas sur la réalité intellectuelle », Observations sous l'arrêt de la Cour d'arbitrage n°104/2006 du 21 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2006/34, pp. 1503-1509, spéc. note 1 p. 1504.

¹⁶ Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, art. 16.2 : « Dans l'Etat contractant où il a sa résidence habituelle, tout réfugié jouira du même traitement qu'un ressortissant en ce qui concerne l'accès aux tribunaux (...) ».

alinéa 2, de la loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire viole les articles 10, 11 et 191 de la Constitution¹⁷ ».

Cette décision de la Cour constitutionnelle semblait ouvrir la voie à la poursuite de l'instruction pénale¹⁸. Le procureur fédéral se prononça en ce sens en estimant, à la suite de cet arrêt, qu'il n'y avait pas lieu de dessaisir la juridiction belge¹⁹. Le parquet de cassation émit cependant l'avis inverse qui fut suivi par la Cour dans son arrêt du 29 juin 2005²⁰. Prenant acte de la réponse de la Cour d'arbitrage, la Cour de cassation ordonne néanmoins le dessaisissement, en estimant ne pas être en mesure de remédier au vice d'inconstitutionnalité de la loi. Selon le raisonnement développé par la Cour de cassation, l'article 29 § 3 al. 2 de la loi du 5 août 2003, jugé inconstitutionnel, constitue « *une règle de droit pénal matériel parce qu'il a notamment pour objet d'empêcher, aux conditions qu'il précise, que certaines violations graves du droit pénal humanitaire cessent d'être punissables en Belgique* ». À ce titre, cette disposition est soumise au principe de légalité des délits et des peines sanctionné par la Convention européenne des droits de l'homme (art. 7.1) et par le Pacte de New York sur les droits civils et politiques (art. 15.1). Ce principe fait obstacle à une interprétation extensive de la disposition critiquée, qui comblerait la lacune de la loi en assimilant de manière prétorienne, par le moyen d'une analogie, les plaintes introduites par les réfugiés à celles des nationaux. Une telle extension porterait atteinte aux droits fondamentaux des personnes mises en cause, à savoir la société Total, son président directeur général et le responsable français de la filiale birmane de Total en Birmanie.

¹⁷ Arrêt n°68/2005 du 13 avril 2005, point 1 du dispositif. On notera que la Cour d'arbitrage n'a pas recouru en l'espèce, contrairement à d'autres affaires, à la formulation d'une interprétation conciliante. La Cour aurait pu indiquer, par exemple, que la disposition en cause n'est pas contraire à la Constitution pour autant que l'exception relative aux nationaux est interprétée, à la lumière des dispositions de la Convention internationale relative au statut des réfugiés, comme s'appliquant également aux réfugiés. De manière générale, la Cour de cassation ne se reconnaît cependant pas liée par ce type d'interprétations (B. Frydman, « L'autorité des interprétations de la Cour d'arbitrage », précité).

¹⁸ En ce sens, N. Benaïssa, « La loi de compétence universelle : commentaire des arrêts rendus les 23 mars et 13 avril 2005 par la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 2005, p. 391.

¹⁹ Cass. 29 juin 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 59 et s., spéc. p. 60 : « le procureur fédéral considère, à la suite de cet arrêt [de la Cour d'arbitrage n° 68/2005 du 13 avril 2005] qu'il n'y a pas lieu de dessaisir la juridiction belge ».

²⁰ Cass. 29 juin 2005, *o. c.*, spéc. p. 60 : « le ministère public près la Cour conclut également au dessaisissement ». Un commentaire de doctrine ajoute, dans un style d'une liberté inhabituelle, les éléments suivants qui subodorent une évolution de la position du parquet de cassation, sous l'influence des arguments développés par les conseils de Total : « Si l'avocat général Loop a pu interpréter l'arrêt n° 68/2005 comme empêchant le dessaisissement des juridictions belges en ce qui concerne le requérant réfugié reconnu, c'était sans compter sur l'intervention de maître Kirkpatrick, alors conseil de Total. Emettant la thèse selon laquelle le dossier révélait une lacune législative que seul le législateur pouvait corriger, il fit voler en éclat les certitudes de l'avocat général et, par la même occasion, fit plier la Cour de cassation à son raisonnement » (A. Kettels, *o. c.*, p. 1505).

Cet arrêt, qui a donc mis fin, au moins provisoirement, à l'instruction de l'affaire en Belgique, a suscité une vive réaction dans les milieux de la société civile²¹, ainsi que le dépôt d'une proposition de loi interprétative qui avait pour objet d'étendre la portée de la disposition controversée aux réfugiés²². L'arrêt de la Cour de cassation a également été accueilli avec une certaine incompréhension, voire un malaise par une partie de la doctrine²³.

L'affaire ne devait pourtant pas en rester là sur le plan juridictionnel, puisque le plaignant réfugié a introduit devant la Cour d'arbitrage une requête en annulation de la disposition jugée inconstitutionnelle²⁴, dans l'objectif avoué d'obtenir la rétractation de l'arrêt de la Cour de cassation²⁵. La Cour d'arbitrage a fait droit à cette requête par un récent arrêt du 21 juin 2006²⁶. Sans préjuger d'une éventuelle rétractation, la Cour reconnaît l'intérêt du requérant à agir « *car il ne peut être affirmé que l'intérêt à obtenir l'annulation d'une norme qui fait grief serait limité aux possibilités de mise en œuvre ultérieure de la procédure de rétractation* »²⁷. Elle affirme le caractère directement applicable de l'article 16.2 de la Convention internationale de 1951 relative au statut des réfugiés, qui requiert de traiter les réfugiés comme les nationaux quant à l'accès aux tribunaux²⁸. Cette disposition imposait, selon la Cour, d'interpréter la disposition transitoire de manière conforme à la Convention et donc de l'appliquer aux réfugiés²⁹. La Cour d'arbitrage écarte par ailleurs l'argument présenté par Total et sur lequel la Cour de cassation avait fondé

²¹ Voyez en particulier la carte blanche « Total et l'honneur de la démocratie », *Le Soir*, 6 décembre 2005, p. 16, cosignée par plusieurs associations de défense des droits de l'homme, dont la Ligue des droits de l'homme, de Liga voor Mensenrechten et la F.I.D.H., ainsi que par d'autres groupements et associations dont les syndicats F.G.T.B. et C.S.C., le M.O.C., la ligue des familles, Oxfam, Attac, etc., l'ensemble des signataires formant un « Front peu Commun pour la Justice dans le dossier Total en Birmanie ».

²² Proposition de loi interprétative de l'article 29 § 3 al. 2 du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire, du 30 juin 2005, déposée par Lalieux, Van Parys, Viseur, Verhaert, Gerkens et Massin, *Doc. Parl.*, Ch. doc. n° 51-1900/001.

²³ J. Cl. Scholsem, « L'affaire 'Total' : lacune ou pas ? », observations sous Cass. 29 juin 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 59 et s., spéc. pp. 63-65. Dans le même sens, A. Kettels, *o. c.*, p. 1505. Voyez cependant en sens contraire, dans le présent recueil, l'étude très informée de John Kirkpatrick et Simone Nudelhole, qui éclairent la position retenue par la Cour : « Les questions préjudicielles sur les violations du principe constitutionnel d'égalité résultant de lacunes de la loi et les rapports entre la Cour de cassation et la Cour d'arbitrage », spéc. §§ 15-24.

²⁴ Fondé sur l'article 4 al. 2 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

²⁵ CA n° 104/2006 du 21 juin 2006, spéc. A.3. : « [Le requérant] expose que seule une annulation par la Cour d'arbitrage est de nature à lui permettre de bénéficier d'une rétractation de l'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2005, en application des articles 10 et 11 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage ».

²⁶ C.A. n° 104/2006 du 21 juin 2006, consulté sur le site de la Cour.

²⁷ B.2.6.

²⁸ B.8.1.

²⁹ B.9.

son raisonnement, selon lequel la disposition transitoire en cause constituerait une règle de droit pénal matériel, à laquelle s'appliquerait le principe de légalité des délits et des peines³⁰.

Prenant acte, à son tour, de la décision de la Cour de cassation³¹, c'est-à-dire de son refus de combler la lacune de la loi par une interprétation conciliant celle-ci avec les obligations internationales de la Belgique, la juridiction constitutionnelle accueille le recours en annulation. Elle modalise cependant l'étendue et la portée de celle-ci : d'une part, la Cour annule quasiment l'ensemble du régime transitoire, pour éviter que l'annulation de la seule disposition en cause ne porte préjudice aux plaignants belges dont le législateur avait entendu sauvegarder les droits³² ; d'autre part, elle considère comme définitivement acquises les décisions de dessaisissement des juridictions belges lorsqu'aucun plaignant n'était réfugié³³.

Quelles seront les conséquences de cette annulation ? Les conditions légales d'une rétractation du dessaisissement prononcé par la Cour de cassation sont-elles réunies (ce qui ne paraît pas *prima facie* évident) ? Peut-on imaginer, indépendamment de la rétractation, une remise en mouvement de l'action publique, à l'initiative peut-être du procureur fédéral, voire à la suite d'une injonction positive du ministre de la Justice³⁴ ? D'autres recours encore sont-ils envisageables de la part du plaignant et de ses conseils, qui visiblement souhaitent aller jusqu'au bout de cette affaire ? Autant de questions délicates qu'il est pour le moins prématuré de trancher et dont la discussion excède la compétence de l'auteur de ces lignes.

Une chose pourtant paraît certaine : l'affaire Total n'a pas encore connu son épilogue en Belgique. L'arrêt de la Cour d'arbitrage la prolonge, fut-ce de manière latente. L'affaire demeure en suspens et ce fait, à lui seul, constitue déjà une petite victoire pour ceux qui, dans notre pays et ailleurs, ont engagé des actions pour faire entendre les voix des victimes du projet Yadana et donner à ces voix l'écho des salles d'audience de nos palais afin qu'elles résonnent dans l'opinion publique et aux oreilles des gouvernants de ce monde. Car tel est bien l'un des enjeux des actions en justice initiées non seulement dans notre pays, mais également en France et aux États-Unis, où les affaires engagées contre Total et son partenaire Unocal ont donné lieu là aussi à des batailles de procédure importantes, longues et difficiles.

³⁰ B.16. et B.17. Comp. cependant avec l'arrêt n° 73/2005 de la Cour d'arbitrage dans l'affaire Erdal, qui semblait avoir adopté une position différente.

³¹ B.8.2.

³² B.13. et B.14.

³³ B.18. à B.20. et le dispositif de l'arrêt.

³⁴ Le ministre de la justice a déjà utilisé cette possibilité pour la mise en œuvre des poursuites sur base de la loi de compétence universelle dans les affaires Rwanda (D. Vandermeersch, « La situation belge » in CASSESE A., DELMAS-MARTY M., (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, PUF, 2002, ch. 3.

II. L'information pénale contre les dirigeants de Total en France

En France, une plainte similaire avec constitution de partie civile avait également été déposée en 2002 contre les dirigeants de Total et de sa filiale birmane, à l'initiative de deux ressortissants birmans, ultérieurement rejoints par six autres, activement soutenus par l'association Sherpa³⁵. À la suite de cette plainte, le juge d'instruction de Nanterre ouvrit une information pénale du chef d'arrestation et de séquestration. Le caractère extraterritorial de l'affaire ne posait pas ici de difficultés majeures dès lors que Total est une société de droit français et que les juridictions françaises pouvaient être saisies sur le fondement des règles de la compétence personnelle active³⁶. Une bataille de procédure s'engagea néanmoins, non sur la question de la compétence, mais sur celle de l'incrimination. Les plaignants invoquaient essentiellement avoir été contraints, sous la menace de violences de la part des soldats de la junte, de travailler sur des chantiers placés sous la responsabilité de la firme Total³⁷. Or le travail forcé ne fait pas l'objet d'une incrimination spécifique en droit français (sauf en temps de guerre), ce qui avait conduit les plaignants à qualifier les faits de « séquestration »³⁸.

En 2003, la société Total, mise au courant de la procédure, par la presse semble-t-il³⁹, intervint auprès du procureur de la République de Nanterre et du juge d'instruction en charge du dossier pour leur demander de prononcer un non-lieu dans cette affaire, au motif que la séquestration ne recouvre pas le travail forcé et que la plainte n'avait dès lors aucun fondement juridique⁴⁰. Il ne fut pas à ce stade donné suite à cette demande. L'information suivit son cours et le juge procéda à plusieurs auditions, dont celle du responsable de la filiale birmane de Total, entendu par le juge d'instruction en tant que témoin assisté⁴¹. Celui-ci contesta à cette occasion la recevabilité des constitutions de partie civile et invoqua en outre la prescription de l'action publique⁴². En janvier 2004, le juge d'instruction communiqua son dossier au parquet aux fins de réquisition et d'avis sur les constitutions de partie civile et la prescription⁴³. Dans ses réquisitions, le procureur de la République, se ralliant finalement aux thèses de Total, « demandait au juge d'instruction de dire n'y avoir lieu à suivre, au motif que les faits ne pouvaient recevoir une quelconque

³⁵ Il s'agit d'une O.N.G., fondée par Me W. Bourdon, qui était également le conseil des plaignants.

³⁶ Art. 113-6 du Code pénal français.

³⁷ Voir l'arrêt de la Cour de Versailles (10^{ème} chambre) du 11 janvier 2005, évoqué ci-dessous, spécialement pp. 6-7 citant des extraits de la plainte. Cet arrêt est demeuré inédit et je dois à la persévérance de Ludovic Hennebel d'avoir pu en prendre connaissance.

³⁸ *Idem*, pp. 8-10.

³⁹ *Idem*, p. 11.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Idem*, pp. 12-13.

⁴² *Idem*, p. 12.

⁴³ *Idem*, p. 13.

qualification pénale »⁴⁴. Le juge d'instruction refusa cependant par ordonnance de suivre ces réquisitions, manifestant à son estime une position nouvelle et tardive du ministère public, et déclara poursuivre l'information sur des faits qui excédaient la seule qualification de travail forcé⁴⁵. Le procureur de la République fit appel de cette ordonnance devant la chambre d'instruction de la cour d'appel de Versailles⁴⁶. Celle-ci considéra que le procureur n'avait pas le pouvoir de réclamer à ce stade le règlement au fond de l'affaire. La cour confirmait dès lors l'ordonnance entreprise et ordonnait en conséquence la poursuite de l'information⁴⁷.

Quelques mois après cet arrêt, le 29 novembre 2005, une transaction a été conclue entre la société Total et les ressortissants birmans représentés par l'association Sherpa. Le texte de cet accord n'a pas été rendu public, mais les médias ont largement rendu compte de ses principales modalités. L'accord stipulerait que la société Total, sans reconnaître aucune responsabilité dans l'affaire, verserait la somme de 10.000 € par plaignant en échange du désistement de sa plainte. En outre, un « guichet » serait ouvert dans les treize villages concernés par les faits dénoncés en vue d'indemniser les autres victimes qui se feraient connaître. Total a constitué à cet effet un fonds de plus de 5 millions d'euros, dont le solde éventuel sera reversé dans les différents programmes sociaux et économiques lancés par Total depuis 1995 au Myanmar.

Cette transaction a été très vivement critiquée dans les milieux de défense des droits de l'homme en France⁴⁸, mais aussi en Belgique⁴⁹. Le désistement des plaignants n'a théoriquement pas mis fin à l'action publique, mais celle-ci s'est néanmoins soldée par une ordonnance de non-lieu prononcée le 22 juin 2006 par la juge d'instruction en charge du dossier. Dans son ordonnance⁵⁰, celle-ci déclare, sur la base des nombreux témoignages recueillis pendant l'information, que « *la réalité des faits dénoncés ne peut être mise en doute* ». Cependant, elle confirme que le travail forcé, en dépit des engagements internationaux de la France, ne fait l'objet

⁴⁴ *Idem*, p. 14.

⁴⁵ Ordonnance du 25 juin 2004, partiellement citée par l'arrêt de la cour d'appel de Versailles, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁶ *Idem*, p. 16.

⁴⁷ *Idem*, pp. 17-19.

⁴⁸ La Ligue des Droits de l'Homme, la Fondation Internationale des Droits de l'Homme (F.I.D.H.) et le collectif Infobirmanie ont publié, le 30 novembre 2005, un communiqué de presse reprochant notamment à l'association Sherpa d'avoir entériné la version de Total déniait toute responsabilité dans l'affaire.

⁴⁹ Voyez en particulier la carte blanche « Total et l'honneur de la démocratie », *Le Soir*, 6 décembre 2005, p. 16, précitée, qui juge sévèrement l'accord intervenu en France : « Total croit pouvoir se sauver en achetant le silence des victimes ».

⁵⁰ Ici encore, l'ordonnance est demeurée inédite, ce qui ne facilite guère la recherche scientifique ni le débat public. Des extraits de l'ordonnance ont toutefois été cités par un communiqué de presse de l'Agence France Presse : M. Bastian, « Non-lieu pour Total, même si le travail forcé a existé en Birmanie, dépêche AFP, 22 juin 2006, 8 H 53.

d'aucune incrimination en droit français et qu'il ne peut être assimilé purement et simplement à de la séquestration. Elle indique encore que les éléments constitutifs de la séquestration ne sont pas réunis en l'espèce et que seuls les plaignants, qui ont retiré leurs plaintes et sont désormais injoignables (ils séjournèrent, semble-t-il, en situation irrégulière en Thaïlande et on aurait perdu leur trace), auraient pu éventuellement lui fournir des éléments de preuve susceptibles de démontrer l'existence du crime de séquestration. Ainsi donc, au lendemain de l'arrêt de la Cour d'arbitrage qui ravivait potentiellement l'affaire en Belgique, la justice pénale française refermait quant à elle le dossier de façon peut-être définitive.

III. Les actions civiles contre Total et Unocal aux États-Unis

Ces procédures récentes engagées contre Total en France et en Belgique ont été précédées de plusieurs années par d'autres actions, civiles celles-là, engagées aux États-Unis, sur la base de l'*Alien Tort Claims Act* (A.T.C.A.). Cette disposition singulière, adoptée en 1789 dans le cadre de la première "loi judiciaire" américaine (*Judiciary Act*), énonce lapidairement que « les tribunaux de district (*district courts*) auront compétence pour toute action en responsabilité civile introduite par un étranger fondée sur la violation du droit des gens ou d'un traité liant les États-Unis⁵¹ ». Ce texte, très peu utilisé pendant près de deux siècles et quasiment tombé dans l'oubli, a été remis à l'honneur, à partir des années 1980, par des plaideurs ingénieux, agissant pour le compte de victimes de graves violations des droits de l'homme, commises en dehors du territoire des États-Unis. Mis en mouvement d'abord à l'encontre de personnes agissant sous le couvert de la loi de l'autorité publique (*under the color of law*)⁵², ce recours a ensuite été admis contre les personnes privées⁵³ et régulièrement utilisé depuis les années 1990, avec des fortunes diverses, pour attaquer des sociétés transnationales, accusées d'atteintes graves aux droits de l'homme dans leurs activités à l'étranger⁵⁴. C'est dans ce cadre jurisprudentiel que plusieurs actions civiles ont été introduites dès 1996 contre la société américaine Unocal, mais aussi contre la société Total, leur partenaire birman, la Myanmar Oil and Gas Enterprise (MOGE), ainsi que l'armée birmane, relativement à leurs actions en Birmanie dans le projet Yadana⁵⁵.

Ces actions ont été initialement portées devant le juge Richard Paez, juge fédéral de district en Californie par plusieurs victimes directes, activement soutenues

⁵¹ « *The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States* ».

⁵² Le précédent clé est l'affaire *Filartiga v. Peña Irala*, 630 F 2d 876, tranchée par la Cour d'appel fédérale du second circuit en 1980, qui engage la responsabilité civile d'un inspecteur général de la police paraguayenne, pour avoir torturé et tué un membre de la famille des demandeurs.

⁵³ Le précédent clé (*landmark case*) est ici *Kadic v. Karadzic*, 70 F. 3d 232, 236 (1995).

⁵⁴ Les commentateurs, s'ils ne s'accordent pas nécessairement sur les chiffres, recensent en tout cas plusieurs dizaines d'actions introduites contre des sociétés transnationales.

⁵⁵ Pour un bon résumé synthétique des procédures américaines dans cette affaire : R. Tyz, « Searching for a Corporate Liability Standard under the Alien Tort Claims Act in *Doe v. Unocal* », 82 *Oregon Law Review* (2003), p. 559 et s., spec. pp. 568-569.

par le gouvernement birman en exil et la fédération des syndicats birmans. L'affaire a donné lieu, comme toutes celles qui ont jusqu'à présent été poursuivies sur la base de l'ATCA, à une longue et difficile bataille de procédure marquée par notamment par de multiples exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité (*motions to dismiss*). Celles-ci ont conduit le tribunal de district à écarter plusieurs parties de la cause. Le juge a d'abord mis hors de la cause l'armée birmane et l'entreprise publique MOGE en reconnaissant leur immunité de juridiction⁵⁶. Il a ensuite débouté le gouvernement en exil et la fédération des syndicats en leur déniaient qualité pour agir en l'espèce⁵⁷. En 1998, le tribunal de district s'est en outre déclaré incompétent *ratione personae* pour connaître de l'affaire en ce qui concerne la société Total. Le juge a examiné les liens de la société française avec le for, à savoir l'existence de bureaux de représentation et le contrat de partenariat avec Unocal pour le projet birman, et il a estimé que ces liens étaient insuffisants pour soumettre Total à sa juridiction (*lack of personal jurisdiction*)⁵⁸. Cette décision, qui a été confirmée en appel⁵⁹, a mis fin au volet américain de l'affaire pour le géant pétrolier français.

Par contre, le juge a admis l'action des victimes directes contre la société américaine Unocal et estimé que celles-ci apportaient suffisamment d'éléments probants pour les autoriser à poursuivre leur action à titre individuel, mais non à titre d'action collective (*class action*). Cette décision liminaire a ouvert la voie à l'instruction de la demande (*discovery*), qui a duré plus de deux années, au cours desquelles les parties ont produit un très grand nombre d'éléments probants : plus de 58 dépositions émanant de témoins et des plaignants ont été recueillies, tandis que Unocal devait produire de son côté plus de 70.000 pages de documents permettant de préciser son rôle dans l'affaire⁶⁰. A l'issue de cette procédure, le juge Lew, qui dans l'intervalle avait remplacé le juge Paez promu à la Cour d'appel, a rendu en 2000 un jugement sommaire (*summary judgment*) en faveur d'Unocal⁶¹. Sans contester la réalité des pratiques de travail forcé, le tribunal de district rejetait l'action à défaut pour les demandeurs d'avoir apporté des éléments de nature à prouver que les actions de l'armée birmane s'étaient déroulées sous le contrôle d'Unocal ou que celle-ci avait participé activement et directement aux pratiques de travail forcé. Quelques jours plus tard, le juge allouait à Unocal plus de 125.000 € à titre de frais judiciaires recouvrables à charge des demandeurs déboutés. Ceux-ci firent appel de ces décisions devant la Cour du 9^{ème} circuit et introduisirent simultanément une nouvelle action cette fois devant les juridictions de l'État de Californie. Cette nouvelle action

⁵⁶ *Doe I*, 963 F. Supp. 880, 884-8 (C.D. Cal. 1997), confirmée sur ce point en appel par la Cour du 9^{ème} circuit.

⁵⁷ Décision du 5 novembre 1997 (*Roe I*, 176 F.R.D. 329).

⁵⁸ *Doe v. Unocal Corp.*, 27 F. Supp. 2d 1174, 1190 (C.D. Cal. 1998).

⁵⁹ *Doe v. Unocal Corp.*, 2001 U.S. App. LEXIS 7691 (9th Cir. April 27, 2001).

⁶⁰ M. Cohen, « Responsabilité sociale des entreprises : Total en Birmanie », 2^{ème} partie, in *Net Hebdo*, n° 49, 12 décembre 2003 (www.info-birmanie.org consulté le 12 octobre 2006).

⁶¹ *Doe v. Unocal Corp.*, 110 F. Supp. 2d 1294, 1296, 1310 (C.D. Cal. 2000).

n'apporta aucun gain substantiel. En revanche, la Cour d'appel fédérale fit droit au recours dans un arrêt important, qui constitue probablement à ce jour la décision judiciaire américaine la plus aboutie en matière de responsabilité civile des entreprises pour violation du droit international des droits de l'homme.

Dans son arrêt du 18 septembre 2002⁶², la Cour d'appel affirme en termes de principe que si les violations du droit international ne peuvent en règle être imputées qu'aux autorités étatiques ou aux personnes agissant sous le couvert de l'autorité publique, *certaines crimes sont tellement graves qu'ils impliquent, au regard du droit des gens lui-même, la responsabilité individuelle, en l'occurrence civile, des particuliers qui les commettent*. Tel est le cas notamment de la traite des esclaves, à laquelle le travail forcé est assimilé, et d'une série d'autres crimes incluant notamment le génocide. Dans de tels cas, les infractions accessoires, telles le meurtre et le viol, sont également susceptibles d'entraîner la responsabilité (civile) individuelle de leurs auteurs et complices. La Cour décide ensuite que même si Unocal n'a pas participé directement aux crimes imputés à l'armée birmane, la société est en droit susceptible d'être jugée responsable en tant que complice dans la mesure où il serait démontré qu'elle a, en connaissance de cause, prêté concours ou encouragé ces pratiques avec un effet substantiel quant à la perpétration de l'infraction⁶³. La Cour d'appel élargissait ainsi considérablement les standards permettant de mettre en cause, sur la base de l'A.T.C.A., la responsabilité civile d'une personne privée, notamment d'une société, en cas de violation des droits de l'homme à l'étranger, soit comme auteur, soit comme complice. De manière surprenante, la Cour s'est, pour ce faire, référée explicitement aux critères de complicité (*aiding and abetting*) retenus par la justice *pénale* internationale, en particulier les tribunaux pénaux internationaux constitués pour la Yougoslavie et le Rwanda.

La Cour examine ensuite, à la demande d'Unocal, si l'intervention des juridictions américaines est opportune au regard de la doctrine de l'*act of state*. En vertu de cette doctrine, les juridictions américaines peuvent se déclarer incompétentes lorsque l'examen d'une demande implique de porter un jugement sur le comportement d'un État sur son propre territoire. Cette exception a pour but d'éviter que l'activité du pouvoir judiciaire n'interfère avec la politique étrangère des États-Unis ou ne mette en péril ses intérêts diplomatiques. La Cour d'appel estime que la doctrine de l'*act of state* n'est susceptible de faire obstacle à une action sur la base de l'A.T.C.A. que de manière exceptionnelle⁶⁴. Sur la base des critères progressivement dégagés par la jurisprudence⁶⁵, la Cour décide que tel n'est pas le cas en l'espèce⁶⁶.

⁶² *Doe v Unocal Corp.*, 395 F. 3d 932 (9th Circuit, 2002).

⁶³ Le standard déterminé par la Cour est : "*knowing practical assistance or encouragement that has a substantial effect on the perpetration of the crime*" (p. 14212 et s.)

⁶⁴ S'appuyant expressément sur la position adoptée par la Cour d'appel du 2^{ème} circuit dans *Kadic* (70 F. 3d at 250) : « it would be a rare case in which the act of state doctrine precluded suit [under the ATCA] (*Doe I v Unocal Corp.*, p. 14232).

⁶⁵ Les critères d'application de la doctrine de l'*act of state* ont été progressivement dégagés par la jurisprudence. Le juge considère notamment si le gouvernement en question est toujours en exercice ou

Certes, l'action met directement en cause un gouvernement qui est toujours en exercice (même s'il a changé de nom). Mais, d'autre part, la Cour constate que l'armée birmane n'a pas agi en l'espèce dans l'intérêt public, que le recours au travail forcé est condamné par la communauté internationale et que les violations des droits de l'homme par le régime militaire birman ont été condamnées de manière non équivoque par le gouvernement des États-Unis lui-même, qui a d'ailleurs imposé des sanctions⁶⁷.

Lorsque l'exception de l'*act of state* est invoquée, il est d'usage que le juge, à qui il appartient seul en définitive de prendre attitude, interroge néanmoins le département d'État pour lui demander son avis. C'est ce qu'avait fait en l'espèce le juge de district dès 1997. Le département d'État américain lui avait répondu que le procès n'était pas en l'état de nature à porter préjudice à la conduite par le gouvernement américain de ses relations (par ailleurs très mauvaises) avec le régime de Rangoon⁶⁸. Cependant, devant la Cour d'appel, le département fédéral de la justice cette fois déposa un *amicus brief* appelant les juridictions fédérales à se déclarer incompétentes, sur la base d'une interprétation très restrictive de l'A.T.C.A., hostile en particulier à la mise en cause des personnes privées et singulièrement des sociétés américaines pour des violations des droits de l'homme commises à l'étranger. La Cour d'appel n'a pas suivi sur ce point l'avis de l'administration fédérale, qui a depuis réitéré sa position devant la Cour suprême des États-Unis⁶⁹.

Outre ces importantes prises de position en droit, l'arrêt de la Cour d'appel exposait préalablement en détail les éléments de preuve, tels qu'ils ressortent de l'instruction du dossier devant le juge de première instance. Certes, il s'agit d'une décision avant dire droit, qui ne préjuge pas de la décision au fond, laquelle ne pourrait procéder en l'espèce que du verdict d'un jury⁷⁰. Pour autant, la Cour estime que les éléments de fait sont suffisamment étayés pour être soumis à l'appréciation du jury. La décision se lit dès lors comme une sorte d'acte d'accusation civil, exposant les charges, à dire vrai assez accablantes, réunies contre les défendeurs. Elle constitue à ce jour un document judiciaire unique, sans équivalent en Europe, dont la lecture permet de se faire une idée objective de l'affaire.

non. Il prend également en compte la gravité des manquements imputés à l'Etat étranger et examine si ceux-ci ont été condamnés publiquement par le gouvernement des Etats-Unis ou par la communauté internationale.

⁶⁶ Elle confirme sur ce point la décision de 1^{ère} instance.

⁶⁷ *Doe I v Unocal Corp.*, pp. 14232-14235.

⁶⁸ « at this time adjudication of claims based on allegations of torture and slavery would not prejudice or impede the conduct of U.S. foreign relations with the current government of Burma” (*Roe I*, 176 F.R.D., at 362, cité par la Cour d'appel dans son arrêt, p. 14234).

⁶⁹ *Sosa v Alvarez-Machain*, 124 S. Ct 2739 (2004). Les gouvernements britannique, australien et suisse sont également intervenus dans le même sens que l'administration américaine. L'examen de la portée de la décision nuancée de la Cour suprême dans *Sosa* dépasse le cadre de la présente étude.

⁷⁰ Il s'agit bien évidemment ici d'un jury civil, qui est une institution courante aux Etats-Unis.

Unocal introduisit un recours contre cette décision de la Cour d'appel, très défavorable pour la société américaine, qui permettait la poursuite de la procédure et ouvrait la porte à un procès au fond. La Cour d'appel décida de réentendre l'affaire en audience plénière (*en banc*)⁷¹. L'audience eut lieu, mais peu avant que la Cour rende son nouvel arrêt, les parties aboutirent à un règlement amiable. Les termes de ce règlement sont demeurés secrets. Toutefois, ils sont décrits comme très favorables aux plaignants par *Earthrights*, une O.N.G. à l'origine des actions américaines, qui revendique cette transaction comme une victoire. La transaction a mis fin à l'ensemble des procédures engagées par les victimes contre Unocal et presque refermé le volet judiciaire américain de l'affaire⁷².

IV. Les leçons d'une affaire : l'alternative entre la voie pénale et la voie civile pour le jugement des violations des droits de l'homme commises à l'étranger

Les procédures menées contre Total et Unocal relativement à leur comportement en Birmanie n'ont pour l'instant conduit à aucune décision judiciaire définitive et, sauf si l'affaire reprend son cours en Belgique à la suite de l'arrêt de la Cour d'arbitrage, les choses risquent bien d'en rester là. On peut cependant tirer de la comparaison des actions qui ont été engagées contre les deux compagnies énergétiques aux États-Unis, en France et en Belgique, certaines observations et peut-être quelques enseignements pour l'avenir.

En premier lieu, ces actions constituent un exemple, parmi beaucoup d'autres, de la demande insistante de justice que suscitent les violations graves des droits de l'homme dans le monde. Les victimes de tels actes sont souvent démunies de tout recours. Elles n'ont généralement rien à attendre des juridictions locales, en particulier dans les États faibles ou autoritaires, *a fortiori* lorsque les faits impliquent directement ou indirectement les agents du pouvoir. Elles n'ont pas non plus dans tous les cas, loin s'en faut, accès à un recours effectif devant une juridiction internationale. Dans ces conditions, les victimes, ainsi que les associations de la société civile qui les soutiennent et les représentent, ont de plus en plus tendance à se tourner vers certaines juridictions nationales à travers le monde pour tenter d'obtenir justice. Les plaideurs et la société civile mettent ainsi leur persévérance, leurs moyens et parfois leur créativité à découvrir dans la législation ou la jurisprudence de certains États un moyen juridique quelconque de faire entendre leur cause et de réclamer justice devant un tribunal digne de ce nom. Le grand nombre de plaintes déposées dans le cadre de la loi belge de compétence universelle, qui a été en quelque sorte victime de son succès, en constitue l'indice plutôt que la cause. Cette loi n'est pas à

⁷¹ L'arrêt de la Cour d'appel avait été rendu par une chambre composée de 3 magistrats.

⁷² Pas tout-à-fait cependant puisqu'un litige intéressant oppose à présent Unocal à ses assureurs à propos de la couverture des coûts judiciaires supportés par Unocal dans cette affaire. Les compagnies d'assurance refusent en effet d'indemniser leur cliente en se fondant sur la complicité d'Unocal dans les crimes commis par l'armée birmane au Myanmar. Nous n'examinons pas ici ce nouveau rebondissement.

l'origine d'un phénomène qui dépasse de très loin les frontières étroites de notre pays. Le réveil inattendu aux États-Unis, après deux siècles de léthargie, de l'*alien tort claims act*, qui a déjà donné lieu à l'introduction de plusieurs dizaines d'affaires, en apporte, si besoin est, la confirmation.

La détermination et l'ingéniosité des plaideurs ont ainsi pour effet qu'un juge bruxellois, de la banlieue parisienne ou de Californie peut être saisi de faits qui se sont produits à l'autre bout de la planète, en Birmanie ou ailleurs, et se retrouver du jour au lendemain propulsé au premier plan d'une justice « globale »⁷³, à la fois locale par son ancrage institutionnel et globale par l'horizon d'attentes qu'elle dessine. Il ne me semble pas justifié de stigmatiser à cet égard, comme on l'a fait, les excès d'un prétendu « activisme judiciaire »⁷⁴. Les juges, c'est bien connu, ne se saisissent pas eux-mêmes ; ils sont à la disposition des justiciables qui les saisissent. Et il apparaît que, dans l'état sous-institutionnalisé et surtout sous-judiciarisé des structures internationales⁷⁵, les plaideurs choisissent de plus en plus souvent de s'adresser, fût-ce en désespoir de cause, à un ou plusieurs juges nationaux, en privilégiant évidemment ceux susceptibles de leur réserver le meilleur accueil. Les juridictions nationales, en particulier des pays démocratiques, qui sont instituées par les États pour assurer le service public de la justice, parce que leur accès est largement ouvert et qu'elles se trouvent en quelque sorte en état d'offre permanente de justice, sont désormais régulièrement mobilisées par des plaideurs qui viennent adresser à leurs « guichets » les demandes d'une justice qu'on leur refuse ailleurs. Le juge se trouve ainsi saisi, parfois à l'improviste, d'une action qui ne relève pas de sa juridiction habituelle. Ainsi placé devant une affaire qu'il n'a pas demandée ni choisie, il se voit contraint de prendre ses responsabilités et il lui appartient de décider en droit s'il peut ou non entendre la demande d'une personne qui voit parfois en lui un dernier recours.

On comprend que, placés devant de tels cas de conscience, les juges hésitent et répondent diversement à ces demandes, en fonction de l'état du droit positif national sans doute, mais aussi de leur tempérament, de leurs convictions ou de la juridiction saisie⁷⁶. La prudence est généralement de mise, d'autant que ces affaires, comme l'a bien montré Damien Vandermeersch, suscitent des difficultés particulières. Elles

⁷³ Le néologisme, pas très élégant mais significatif, « glocalisation » a été forgé pour désigner l'imbrication des dimensions globale et locale qui est caractéristique de la mondialisation, dans ses différentes dimensions. Le judiciaire ne semble pas devoir faire exception de ce point de vue.

⁷⁴ Voyez entre autres aux États-Unis, à propos de l'arrêt Unocal : T. Bridgeford, « Imputing Human Rights Obligations on Multinational Corporations : the Ninth Circuit Strikes Again in Judicial Activism », 18 *American University International Law Review* (2003), p. 1009 et s.

⁷⁵ Dans le même sens, J. Habermas qui estime que les combats pour les droits de l'homme s'effectuent dans un contexte de « sous institutionnalisation du droit cosmopolitique » (*Après l'Etat nation : une nouvelle constellation politique*, Fayard, Paris, 2000).

⁷⁶ On voit ainsi que le juge Lew, qui succède au juge Paez, dans l'affaire Unocal devant le tribunal de district californien n'a pas du tout la même appréciation de l'affaire que son prédécesseur, qui a été promu entretemps à la Cour d'appel du 9^{ème} circuit. Dans le volet belge de l'affaire, on aperçoit aussi assez clairement que la Cour d'arbitrage et la Cour de cassation n'abordent pas la question du même point de vue.

requièrent des moyens juridiques, matériels, financiers et humains importants à défaut desquels elles ne peuvent être instruites et jugées de manière sérieuse⁷⁷. Elles sont en outre susceptibles de poser des problèmes notamment sur le terrain diplomatique qui est peu familier aux juges et d'interférer avec l'action des autres pouvoirs, en particulier l'exécutif⁷⁸. Il faut bien dire que les États et leurs gouvernements ne montrent généralement pas un enthousiasme excessif pour l'intervention des juridictions nationales dans les affaires de violation des droits de l'homme à l'étranger, qui risquent de les embarrasser ou de gêner leur politique. On l'a vu en Belgique avec l'abrogation de la loi de compétence universelle, mais aussi aux États-Unis avec les prises de position de l'administration fédérale, suivies par d'autres gouvernements d'États démocratiques, qui se sont ouvertement déclarés hostiles à la mise en œuvre de l'A.T.C.A. en cas de violation du droit international des droits de l'homme et sont intervenus auprès des juridictions fédérales, jusqu'à la Cour suprême des États-Unis, pour leur demander de se déclarer incompétentes⁷⁹.

Compte tenu de ces difficultés bien réelles, qu'il serait imprudent de sous-estimer, on peut se demander, et l'affaire Total-Unocal nous en fournit l'occasion, si le choix de la voie pénale contre les auteurs et les complices des violations des droits de l'homme à l'étranger est toujours la plus judicieuse et nécessairement la mieux adaptée. La mise en œuvre de l'action publique érige en effet des obstacles supplémentaires, qui risquent bien de se révéler insurmontables et de mener à une impasse. Le droit pénal se montre légitimement plus rigoureux en matière de preuve. Il place les parties dans une position asymétrique, qui n'est pas favorable à la victime des violations. Il confie la responsabilité de l'action publique au parquet, qui l'exerce certes en règle de manière indépendante de l'exécutif, mais dont l'expérience montre, aux yeux des spécialistes les mieux informés, qu'il joue rarement un rôle moteur dans ce type de dossiers⁸⁰. Dans l'affaire Total, on a ainsi vu le procureur de la République

⁷⁷ « En raison de l'éloignement géographique, des éléments d'extraterritorialité et de la compétence de la cour d'assises, l'administration de la preuve en matière de crimes de droit international est particulièrement lourde et l'enquête sur de tels faits nécessite beaucoup plus de moyens. Dans cet ordre d'idées, le manque de moyens ou d'information des victimes, le désintérêt ou l'absence de politique criminelle des parquets ou encore le défaut de volonté du pouvoir politique de donner à la justice les moyens nécessaires, sont autant d'éléments de nature à freiner le déploiement de la compétence universelle » (D. Vandermeersch, « La situation belge » in *Juridictions nationales et crimes internationaux*, o. c.).

⁷⁸ On a vu que ces facteurs sont explicitement pris en compte par le juge américain par le moyen de la doctrine de l'*act of state* et la demande d'avis au département d'Etat.

⁷⁹ Dans l'affaire *Sosa v. Machain*, v. *supra* note 70.

⁸⁰ Voyez à cet égard les observations de D. Vandermeersch, dans l'étude précitée : « Force est de reconnaître ici le rôle moteur joué par les victimes dans la mise en œuvre du droit international humanitaire, le ministère public n'ayant pas pris, jusqu'à présent, l'initiative des poursuites (si ce n'est subséquemment à une plainte déjà introduite). Il est paradoxal de constater que pour les crimes considérés comme les plus graves, le ministère public ne se trouve pas aux avant-postes de la poursuite ». Le même auteur signale cependant que « dans plusieurs instructions, le parquet a élargi la

prendre finalement fait et cause pour la compagnie pétrolière française et requérir intempestivement un non-lieu. En Belgique, le parquet de cassation a également été convaincu en faveur du dessaisissement, malgré l'arrêt préjudiciel de la Cour d'arbitrage, qui semble en revanche avoir fait évoluer l'avis du procureur fédéral sur la question⁸¹.

À la lumière des procédures engagées contre Total et Unocal de part et d'autre de l'Atlantique, il est permis de se demander si, dans l'état actuel des choses, la voie civile ne serait pas, dans certains cas au moins, plus appropriée à ce type d'actions, en tant qu'elle présenterait de meilleures chances d'aboutir. La direction du procès civil appartient aux parties et notamment aux demandeurs qui pourront diligenter leur action, sans que celle-ci, en l'absence de poursuites, soit tenue en suspens par le cours d'une instruction ou d'une information soumise à de multiples aléas et à la bonne volonté de ceux qui, à des titres divers, en ont la charge. Une action civile sera en outre probablement moins exposée aux pressions politiques et diplomatiques, ou moins sensibles à leur influence.

Toutefois, si l'action civile permet d'éviter un certain nombre d'inconvénients liés à la procédure et à la « machine » pénales, elle en présente d'autres, qui ne doivent pas être négligés non plus. En particulier, l'action civile fait peser sur les demandeurs la charge de la preuve, ce qui contraindra à exposer ou au moins à avancer des frais importants, notamment pour diligenter des expertises ou recueillir les dépositions de témoins dont il faudra le cas échéant financer le déplacement, mais aussi pour les coûts de procédure et les honoraires des avocats. Cette difficulté est aggravée par l'asymétrie complète des moyens financiers des parties dès lors que le procès met aux prises un groupe multinational disposant de ressources quasiment illimitées pour sa défense à un ou plusieurs particuliers, généralement des ressortissants de pays du tiers-monde, en situation d'émigré ou de réfugié. Il faut cependant noter à cet égard que les victimes seront presque toujours soutenues par des associations actives dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme, qui mettront leurs compétences, leur réseau et leurs moyens au service de l'action, comme cela a d'ailleurs été le cas dans les procédures engagées contre Total et Unocal⁸².

On n'aperçoit pas au nom de quel principe on empêcherait les victimes et les associations qui les défendent de rassembler et de produire devant un juge les preuves des souffrances qu'on leur a infligées et de l'implication de ceux qui les leur ont infligées. D'autant que cette action sera soumise au droit commun de la responsabilité et que son succès éventuel dépendra en tout état de cause de la décision d'un juge.

saisine du juge d'instruction en établissant des réquisitions complémentaires autonomes à propos d'autres faits que ceux spécifiés dans la plainte initiale ».

⁸¹ *Supra*, I.

⁸² Voyez par exemple le rôle important joué par des associations comme *Eartrights* et *Sherpa* dans l'affaire Total-Unocal, ainsi que, de manière plus générale, par les associations de défense des droits de l'homme et les comités de vigilance et d'action constitués pour protester contre la situation politique et des droits de l'homme en Birmanie.

Cette possibilité nous semble un prolongement assez logique du droit d'action en justice des associations en faveur duquel s'est prononcé Paul Martens⁸³. Elle participe d'une politique *d'empowerment* qui munit les acteurs de la société civile des moyens juridiques leur permettant d'apporter leur contribution à l'intérêt général et à la réalisation de l'œuvre de justice.

Certes, ce type d'action ne correspond guère à notre culture juridique, en particulier dans les cas d'atteintes graves aux personnes. Mais, après tout, le recours individuel ouvert devant la Cour des droits de l'homme à Strasbourg, qui a été pleinement intégré par la culture juridique européenne au point d'en constituer désormais l'un des piliers, n'est pas davantage de nature pénale et, outre la portée symbolique forte de la condamnation, la satisfaction équitable que peut ordonner la cour ressemble plutôt à une réparation civile.

On pourrait également objecter qu'un jugement civil n'a pas la même charge symbolique qu'une condamnation pénale, et est insuffisant dans les cas de violations graves et spécialement de crimes contre l'humanité. On répondra que l'action civile n'a pas bien sûr vocation à concurrencer l'action publique, mais seulement à se substituer à elle lorsque celle-ci est impossible ou défailante. D'un point de vue pragmatique, ne vaut-il pas mieux tenter d'obtenir une décision civile, qui constate les fautes et ordonne leur réparation, que de poursuivre une procédure pénale dont les chances d'aboutir sont réduites à l'extrême ? D'autant que l'on ne met pas les personnes morales en prison (et rarement leurs dirigeants) et qu'il est improbable qu'une amende ait un impact significatif sur le budget d'une multinationale. Davantage que celle-ci ou même que les dommages-intérêts versés aux victimes, c'est l'atteinte portée à leur réputation (et donc à leur marque), la « mauvaise publicité » causée par leur condamnation (et ses effets sur le chiffre d'affaires et le cours de bourse), qui constituera souvent en pratique la sanction la plus efficace, ou en tout cas la plus redoutée, voire qui aura valeur d'exemple et incitera les autres entreprises à un comportement plus responsable ou en tout cas plus prudent⁸⁴.

De ce point de vue, la comparaison des procédures européennes et américaines dans l'affaire Total-Unocal incite à la réflexion. D'abord, il semble assez clair que l'instruction civile de l'affaire devant le juge fédéral californien a permis de pousser les investigations plus loin que les procédures belge et française et de rassembler des éléments de preuve très importants. En outre, alors que les décisions judiciaires auxquelles l'affaire a donné lieu en Belgique et en France sont soit demeurées inédites, soit n'abordent jamais le fond du dossier, l'arrêt de la cour d'appel du 9^{ème} circuit, sans préjuger du fond, dresse néanmoins un compte-rendu sans concession des exactions de l'armée birmane et du comportement de la société Unocal. Il expose de

⁸³ Voyez notamment : P. Martens, « La société civile peut-elle plaider ? », in *La société civile et ses droits*, Bruylant, col. « Penser le droit », 2004.

⁸⁴ Tel est notamment l'espoir de l'équipe juridique qui a défendu les victimes dans la procédure américaine contre Unocal, qui estime notamment que : « This case will reverberate in corporate boardrooms around the world and will have a deterrent effect on the worst forms of corporate behavior ».

manière détaillée les circonstances de faits de la cause, ainsi que les éléments à charge de nature à établir les crimes et les violations graves des droits de l'homme subies par les victimes birmanes. Cet arrêt a d'ailleurs largement contribué à donner à l'affaire un retentissement considérable à la fois dans les médias⁸⁵ et dans la doctrine spécialisée⁸⁶.

Certains objecteront peut-être que ce n'est pas le rôle des cours et tribunaux de donner de la publicité aux affaires qu'ils instruisent et à leurs protagonistes et qu'il convient au contraire de résister à une telle instrumentalisation de la justice. Nous ne partageons pas cet avis, qui nous semble ne pas correspondre aux principes de notre philosophie politique, non plus qu'à l'histoire et à l'évolution de nos institutions démocratiques. Le tribunal constitue, avec le parlement, l'un des espaces publics institutionnels conçus pour la discussion en public des questions qui intéressent la société. Ce n'est donc pas détourner l'institution judiciaire, mais lui permettre d'accomplir l'une de ses missions que de mobiliser, par le moyen d'une plainte ou d'un recours, le forum judiciaire et au-delà l'opinion publique d'une question de justice qui concerne l'intérêt général.

Le choix de la voie civile soulève enfin la question délicate de la transaction. Elle ouvre la porte à un règlement négocié de l'affaire, qui est d'ailleurs intervenu dans l'affaire Unocal, comme d'ailleurs dans la très grande majorité des affaires portées devant les juridictions fédérales américaines. Notons qu'en France, la société Total a également conclu un arrangement avec les parties civiles et que cet accord, qui prévoyait notamment le désistement des plaignants, semble avoir eu quelque influence sur le non-lieu qui a été prononcé depuis lors. Cette transaction, conclue à l'initiative de l'avocat des plaignants et de l'association dont il est l'animateur, a suscité une polémique non seulement en France, mais également en Belgique où, comme on l'a vu, on l'a interprétée comme une sorte de trahison et un manquement à l'honneur⁸⁷. Aux États-Unis au contraire, l'association Earthrights et l'ensemble des conseils des demandeurs se sont prévalus du règlement amiable intervenu comme une grande victoire⁸⁸. Cette différence d'appréciation s'explique sans doute au moins en partie par la différence des cultures juridiques entre pays de droit civil et de common law⁸⁹. On voit bien en outre que ces deux transactions, dont les termes sont demeurés

⁸⁵ Outre les articles dans la presse et les sites sur Internet, l'affaire fait à présent l'objet d'un film documentaire *Total denial*, réalisé par Milena Kaneva. Ce film a obtenu en 2006 le prix spécial Vaclav Havel pour les droits de l'homme.

⁸⁶ Pour cette dernière, en raison notamment de l'originalité de la décision en droit, qui a suscité une importante controverse.

⁸⁷ *Supra*, II.

⁸⁸ « This is a historic victory for human rights and for the corporate accountability movement. Corporations can no longer fool themselves into thinking they can get away with human rights violations » (extrait de la déclaration conjointe des conseils des victimes, reproduite sur le site de l'association Earthrights).

⁸⁹ Voir à ce propos le très instructif ouvrage de A. Garapon et I. Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France*, Paris, Odile Jacob, 2003, voir en particulier le chapitre 3, p. 67 et s., qui se limite toutefois à la transaction pénale (*plea bargaining*).

en partie confidentiels, ont permis à Total et Unocal de s'acheter une tranquillité relative en mettant fin à des procédures embarrassantes et probablement aussi de limiter la publicité donnée à ces affaires. Interrompant le processus judiciaire, la transaction empêche également le développement éventuel de la jurisprudence. D'un autre côté, les partisans de ces accords mettront en avant qu'ils ont permis d'obtenir des réparations non seulement pour les demandeurs, mais plus largement pour d'autres victimes de ces abus, par le moyen d'un fonds spécial constitué dans les deux cas à cet effet. Certes, la transaction et les réparations versées en conséquence n'impliquent pas la reconnaissance par Total, Unocal et leurs dirigeants d'une quelconque responsabilité juridique. Mais, compte tenu de l'état actuel du droit positif et surtout des règles de compétence qui laissent les victimes très démunies, on peut comprendre que certains préfèrent engranger cette victoire plutôt que de courir les risques d'une procédure contentieuse à l'issue lointaine et imprévisible.

*

V. Conclusion

L'enjeu de l'affaire Total dépasse de loin les frontières de notre pays, les vicissitudes de la loi de compétence universelle et nos querelles de clocher judiciaires. La divergence d'interprétations, apparue en Belgique entre la Cour de cassation et la Cour d'arbitrage, recouvre un problème plus fondamental : celui de l'accès à la justice des victimes de violations des droits de l'homme commises à l'étranger.

Lorsque ces violations sont commises sur le territoire d'États faibles ou autoritaires, les victimes se trouvent souvent privées de recours utile devant les juridictions locales ou internationales, de sorte que leurs auteurs demeurent impunis. Exilées ou réfugiées à l'étranger, ces victimes n'ont dès lors d'autre recours que de tenter d'intéresser à leur cause les juridictions nationales des États de droit, qui parfois les ont accueillies. L'examen des procédures engagées contre Total et Unocal aux États-Unis, en France et en Belgique montre cependant combien il est difficile pour elles de se faire entendre et d'obtenir justice, malgré les efforts, la ténacité et l'ingéniosité dont font preuve leurs défenseurs.

Dans ces conditions, on peut se demander si le *droit à un recours effectif*, garanti par les Conventions internationales⁹⁰, ne devrait pas autoriser les juridictions nationales saisies d'entendre leur plainte. Tel doit certainement être le cas lorsque le recours est dirigé contre des personnes privées, notamment des sociétés qui ont leur siège dans un État de droit ou y exercent leurs affaires, à qui il est reproché de s'être rendues coauteurs ou complices de violations graves des droits de l'homme ou du droit humanitaire. La situation actuelle, qui équivaut souvent en pratique à accorder à

⁹⁰ L'article 2. 3 du Pacte de New York sur les droits civils et politiques prévoit un « recours utile », mais devant l'autorité compétente désignée par l'État. L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantit le « droit à recours effectif » mais devant une instance nationale.

ces entreprises une immunité de fait pour leurs activités off-shore, n'est en effet pas acceptable au regard des exigences du droit.

Compte tenu des difficultés considérables qui font obstacle à la condamnation pénale des responsables de ces violations et de leurs complices, et après l'abrogation dans notre pays de la loi de compétence universelle, on peut également se demander s'il ne conviendrait pas d'ouvrir plus largement la voie aux actions civiles diligentées à l'initiative des victimes ou des associations qui les soutiennent. L'exemple de l'ATCA, réveillée aux États-Unis par l'intelligence des plaideurs et la décision des juges, et sa mise en œuvre dans l'affaire Unocal, ont de quoi inciter à la réflexion à ce sujet. Un tel recours ne constitue ni la panacée ni une fin en soi. Mais, d'un point de vue pragmatique, il représente peut-être, dans l'état actuel du droit qui n'est guère favorable aux victimes, une perspective réaliste d'obtenir un jour une décision judiciaire qui condamne les coupables et ordonne une forme de réparation.