

Benoit Frydman, La justice mondiale peut-elle être civile ?

Compte-rendu critique de l'ouvrage d'Antoine Garapon, *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, shoah*, Paris, O. Jacob, 2008

Après avoir, avec son compère Denis Salas, tiré les leçons de l'affaire d'Outreau (*Les nouvelles sorcières de Salem : leçons d'Outreau*, Seuil, 2006) Antoine Garapon, cet infatigable et pénétrant observateur de la vie judiciaire consacre son nouveau livre à des actions en justice d'un type particulier, qui ont fait une apparition tonitruante sur la scène politique et judiciaire mondiale au cours de ces dernières années : « les actions en réparation des préjudices de l'histoire ». On rassemble, sous ce terme générique, des actions en responsabilité très diverses qui ont pour objet la réparation des conséquences de la traite des esclaves, de la colonisation sous ces différentes formes, du génocide des aborigènes, des arméniens ou des Juifs, ainsi que certains crimes de guerre, comme l'affaire dite des « femmes de réconfort », soit la prostitution forcée des populations civiles occupées, principalement des femmes coréennes, organisée par les forces d'occupation japonaises à l'intention de leurs soldats, durant la seconde guerre mondiale. Ces affaires, dont les faits remontent à plusieurs décennies, parfois à plusieurs siècles, la justice s'en trouve parfois saisie pour la première fois, soit elles se trouvent réactivées alors que l'on avait pu les croire définitivement « classées » ou oubliées (à lire aussi sur le même sujet l'ouvrage collectif de L. Boisson de Chazournes, J-F Quéguiner, S.Villalpando (dir.), *Crimes de l'histoire et réparations : les réponses du droit et de la justice*, Bruylant, 2004).

Parmi celles-ci, Antoine Garapon accorde une attention toute particulière au règlement du contentieux entre des représentants de la communauté juive et l'Union des banques suisses (UBS). Ce contentieux est ancien puisqu'il remonte à la fin de la seconde guerre mondiale. Plusieurs faits ont été reprochés aux banquiers helvétiques, notamment leur complaisance à recycler l'or volé par les nazis à leurs victimes. Mais c'est surtout la question des « comptes dormants » qui a focalisé l'attention. Il s'agit de comptes ouverts en Suisse avant la guerre par des Juifs qui ont été ultérieurement victimes de la Shoah. Les banquiers suisses ne montrèrent aucun empressement à rechercher d'éventuels héritiers survivants et à leur remettre les fonds. Au contraire, ils firent obstacle à une législation sur les comptes en déshérence et multiplièrent les barrières aux demandes des familles en quête de leurs avoirs, leur opposant notamment le fameux secret bancaire suisse ou réclamant des frais exorbitants pour entreprendre des recherches. On atteignit à l'odieux lorsqu'une banque refusa de restituer à Estelle Sapir les sommes déposées sur le compte de son père, assassiné dans les chambres à gaz d'Auschwitz, au motif qu'elle n'était pas en mesure de produire son acte de décès. Après des dizaines d'années de tergiversations, sans avancées très significatives, l'affaire fut soudain relancée en 1996 par la commission d'Amato, constituée au sein du Sénat américain. Sous la pression politique et la menace de sanctions financières, les banques suisses assouplirent leur position et une commission indépendante, mandatée à la fois par l'UBS et les associations juives, fut chargée, avec des pouvoirs exceptionnels, de faire toute la lumière sur ces comptes, ce qu'elle ne réussit que très partiellement en raison de l'état parcellaire des archives.

Dans l'intervalle, l'affaire avait pris le tour médiatique d'un scandale public et le monde judiciaire s'en était emparé, sous la forme d'une action collective (*class action*) introduite pour compte des victimes par des avocats américains devant les juridictions de l'Etat de New-York. Devant l'ampleur prise par les événements et les risques de nouveaux développements, les banques suisses, à la suite d'une médiation de l'administration Clinton, transigèrent enfin et acceptèrent de régler 1,25 milliard de dollars, pour solde de tous comptes.

Cette affaire mérite une attention particulière, non seulement parce qu'elle a abouti à un règlement d'un montant sans précédent, mais surtout parce qu'elle a servi de modèle à de nombreuses autres : d'abord, des actions similaires contre d'autres intermédiaires financiers (comme les compagnies d'assurance, qui n'avaient pas manifesté davantage de zèle dans la recherche des bénéficiaires des assurances-vie non réclamées) et relativement à d'autres Etats, dont la France, notamment en vue de l'indemnisation du travail forcé ou en réparation des complicités dans le crime de l'Holocauste (comme, par exemple, les actions qui se poursuivent encore actuellement devant les juridictions administratives françaises contre la SNCF, à qui il est reproché d'avoir transporté les déportés vers les camps). On estime à plus de 8 milliards de dollars le montant total des réparations auxquelles ces affaires ont donné lieu dans le cadre de règlements négociés. Mais ces actions, bien qu'elles n'étaient pas les premières de leur espèce, ont également stimulé d'autres initiatives et provoqué une véritable vague d'actions similaires en réparation d'autres génocides et d'autres crimes de l'histoire.

Antoine Garapon s'interroge, tout au long de son livre, sur le sens de cette surenchère judiciaire, sur la valeur de cette justice qui s'affranchit de toutes les barrières du temps et de l'espace, au mépris des règles juridiques classiques de la prescription et de la compétence territoriale, et qui, en rouvrant de vieilles plaies, vise aussi à retisser des liens transgénérationnels de groupes entre les « demandeurs » et leurs ascendants, parfois lointains. Mais c'est surtout le caractère essentiellement civil de ces actions qui retient l'attention de l'auteur et fait l'objet des principaux développements. Ces actions, en effet, ne sont pas portées devant la justice internationale, ni les tribunaux répressifs. Quelles poursuites pénales pourrait-on d'ailleurs contre les auteurs dont on a perdu la trace et le plus souvent décédés depuis longtemps ? Elles sont introduites devant des juridictions civiles nationales, à l'initiative des descendants des victimes ou leurs représentants, qui demandent la restitution de leurs biens ou la réparation de leurs préjudices, sous la forme de dommages-intérêts, c'est-à-dire de sommes d'argent.

Grand expert et militant de la justice pénale internationale, Garapon s'interroge sur cette justice civile, dans laquelle il discerne, à juste titre, un symptôme de la mondialisation du droit. Instruisant le dossier de manière approfondie, tant à charge qu'à décharge, avec l'intégrité intellectuelle qu'on lui connaît, il s'oblige à un jugement nuancé, mais néanmoins sceptique, au terme d'une analyse qui met en évidence les nombreuses carences et les risques de dévoiement de cette forme de justice civile transnationale. Passons les rapidement en revue. Antoine Garapon reproche notamment à cette justice son caractère par trop matérialiste. Ces actions réduisent les relations humaines à une relation d'argent ; elles ne connaissent des

personnes (auteurs et victimes ou leurs descendants) que par patrimoines interposés. L'horreur des crimes et la souffrance des victimes sont finalement ramenées, « liquidées » à une somme d'argent, dont le montant, aussi imposant soit-il, contribue à banaliser le mal et dont le règlement donne quitus, à plus ou moins bon compte, aux responsables de ces forfaits. « Payons, mais n'en parlons plus ! », pour reprendre une expression de l'auteur, à propos du contentieux des banques suisses. D'autant que l'importance des sommes potentiellement en jeu suscite des convoitises, en particulier de la part des « tort lawyers » (avocats américains spécialisés dans la réclamation de dommages-intérêts) qui, par le moyen des fameuses *class actions* « s'approprient le monopole de la représentation de tous les persécutés de la terre », dans l'espoir d'en percevoir leur part. Elles jettent également le doute sur les motivations des victimes, qui, pour l'argent qu'on demande en leur nom, courent les risques du déshonneur et de la revictimisation. Garapon critique également les développements incertains et interminables de ces procédures, entrecoupées de négociations secrètes et de constantes surenchères, qui s'apparentent à des discussions de marchands de tapis. Il leur reproche aussi leur caractère peu équitable en tant qu'elles permettent aux rapports de force de jouer à plein, certaines parties n'hésitant pas à user de pressions médiatiques ou politiques pour contraindre l'adversaire au règlement escompté. Mais si leur déroulement est insatisfaisant, leur issue l'est plus encore. Ce genre d'affaires se termine le plus souvent par une transaction (comme l'essentiel du contentieux civil américain d'ailleurs). Or le règlement négocié, loin de permettre la manifestation de la vérité judiciaire et l'établissement des fautes, éclipse les faits et occulte les responsabilités. Il se limite à fixer, de manière forfaitaire, une somme à titre d'indemnité, sans que l'on sache le plus souvent le sens de cette indemnité (s'agit-il d'une restitution ou d'une réparation par exemple ?), ni les critères de son attribution (s'il y en a). Cette ambiguïté de l'indemnité se traduit logiquement par des difficultés dans la répartition des fonds entre les victimes représentées. L'affaire des banques suisses l'illustre parfaitement. Les sommes versées par les banques, quoique théoriquement censées restituer les sommes retenues depuis la guerre sur les comptes dormants, ont été en partie distribuées à des candidats réfugiés, refoulés à la frontière suisse durant la guerre, et à des travailleurs forcés du III^e Reich. Les critères retenus par les associations juives pour la distribution des sommes continuent d'ailleurs de susciter beaucoup d'interrogations, de frustrations et de polémiques au sein de la communauté juive elle-même.

Bien que son auteur l'exprime plus volontiers dans le vocabulaire maussien du don et du contre-don, c'est dans la langue de Hegel que se laisse le mieux résumer, à mon sens, la thèse qui sous-tend l'ouvrage et sa critique de cette justice civile mondialisée. Antoine Garapon transpose assez exactement à la société civile mondiale en cours d'émergence, dont le contentieux judiciaire civil transnational est l'une des manifestations, l'analyse que Hegel fait du « droit abstrait » (c'est-à-dire du droit civil) dans « le système des besoins » (c'est-à-dire la société civile). Il faut, à cet égard, mentionner ici et conseiller vivement la lecture du livre remarquable que Jean-François Kervégan vient de consacrer à la philosophie du droit du grand philosophe allemand (*L'effectif et le rationnel. Hegel et l'esprit objectif*, Vrin, 2007). On recommandera au lecteur de consulter en parallèle ces deux ouvrages, pourtant très différents, et de féconder réciproquement l'analyse des pratiques judiciaires et celle

des concepts. Pour Garapon, comme pour Hegel, le droit civil et par conséquent la justice civile a le mérite d'imposer (et même de présupposer) la reconnaissance mutuelle des parties en tant que personnes et de sujets de droits. L'action de l'esclave et du colonisé contre leurs anciens maîtres ou des victimes contre leurs bourreaux constitue dès lors un moyen de combattre le déni dont ils ont fait l'objet et d'engager la relation (certes litigieuse) sur une base nouvelle d'égalité. Cependant, cette reconnaissance demeure incomplète et insatisfaisante. Dans le droit civil comme dans le rapport marchand, la relation entre les personnes est nécessairement médiatisée par les choses et se réduit finalement, en cas de succès de l'action, à un transfert d'argent d'un patrimoine à un autre. Ce transfert, libérateur en tant qu'il éteint la dette, met aussi fin à l'embryon de relation que le lien d'instance avait instauré. En outre, le droit civil se montre incapable de résoudre les contradictions qui affectent la société civile et qui divise les groupes qui s'affrontent en son sein. L'échec du forum de l'ONU de Durban, que nous rappelle Antoine Garapon, censé réconcilier la communauté internationale par la reconnaissance et l'apurement de toutes les dettes du passé, mais ne débouchant que sur que la rancœur et les invectives, la surenchère des revendications et la concurrence malsaine des victimes, en a offert en 2001 la déplorable illustration. En revanche, la construction européenne, sur les décombres des guerres et dans le souvenir de la Shoah, permet ce que Garapon appelle « un désendettement mutuel par la politique ». Antoine Garapon pense en effet que « la plainte civile n'est qu'une phase dans un processus qui la dépasse » et que ce processus, qui n'implique pas seulement la liquidation du passé, mais surtout la construction de l'avenir, est nécessairement d'ordre politique. A la représentation, que met en scène ce nouveau contentieux transnational, d'une société mondialisée dont les relations de coexistence entre les individus et les groupes sont régies uniquement par un droit civil patrimonial, Antoine Garapon oppose la nécessité d'un dépassement dans un cadre politique, spatialement et temporellement défini, sous la houlette de l'Etat. Toujours sur les traces de Hegel, l'ouvrage se termine sur un éloge de cet Etat « qui est irréductible à une partie civile car il désigne au contraire le tout, la totalité » et « qui seul nous permet de nous inscrire dans l'histoire, de faire l'histoire ». Antoine Garapon en appelle donc implicitement à la construction de l'Etat mondial, dont il envisage (avec d'autres) le modèle normatif par référence à la construction européenne.

La moindre des qualités de ce livre n'est sans doute pas d'ouvrir un débat passionnant sur un sujet qui dépasse d'ailleurs d'assez loin la question des actions en réparation des préjudices de l'histoire et qui est en fait celui des formes et de la réalisation de la justice mondiale. Que penser de la position d'Antoine Garapon qui, s'il se refuse à condamner purement et simplement le nouveau contentieux civil transnational, en pointe cependant « les contradictions, voire l'impossibilité de principe », sans dissimuler l'inquiétude que lui inspire cette « justice conçue en termes trop universels » et ces actions qui « désarticulent le compromis westphalien » ? On peut d'abord se demander si l'auteur ne confond pas la cause et l'indice du phénomène qu'il analyse. Que le développement du contentieux civil transnational reflète l'état actuel d'organisation du monde, qui se situe davantage au stade de l'établissement d'un marché et donc d'une société civile mondiale, qu'à celui d'un Etat, c'est un fait. Mais est-il pour autant légitime et pertinent d'imputer à

ces actions la responsabilité d'une situation dont elles s'efforcent seulement de tirer les conséquences ? De même, *a contrario*, les débuts timides de la nouvelle Cour pénale internationale ne témoignent-ils pas de la difficulté d'imposer cet organe en l'absence d'une constitution politique plus avancée du monde ? N'est-il pas dès lors naturel de voir ceux qui demandent justice et leurs représentants tenter de tirer tout le parti possible des seules voies étroites que l'organisation internationale des Etats délaisse pour l'instant aux individus dont les droits sont bafoués ?

En outre, est-il bien exact que ces litiges « historiques » appellent toujours nécessairement un dépassement dans le cadre d'un processus de réconciliation politique ? Si l'on revient à l'exemple central du contentieux des comptes dormants avec les banques suisses, de quoi s'agit-il au juste ? Des conséquences civiles d'un délit de droit commun (que l'on qualifiera, selon les législations, « détournement » ou « abus de confiance »), rendu particulièrement odieux par le contexte de la Shoah et l'attitude cynique des banques. On ne saurait cependant parler ici d'un « contentieux de l'Holocauste », sauf à entretenir la confusion, favorisée il est vrai par le flou des critères de fixation de l'indemnité et de distribution de celles-ci. Il s'agit en réalité d'obtenir de coquins à qui l'on avait confié des fonds qu'ils rendent ce qu'ils ont malhonnêtement conservé par devers eux pendant des dizaines d'années. En l'espèce, le remboursement constitue une reconnaissance suffisante, en ce compris de la responsabilité des auteurs, et l'affaire n'appelle pas d'autre prolongement ni réconciliation politique. Quant à la prescription, si elle est acquise pour les faits pénaux (qui ne sont en effet que de vulgaires délits de droit commun et non des crimes contre l'Humanité), notons néanmoins, sans entrer ici dans un débat technique, que, sur le plan civil, cette prescription ne supprime pas la dette, mais fait seulement obstacle à son exigibilité. En d'autres termes, même prescrite, l'obligation reste due. La preuve en est que celui qui s'acquitte d'une dette prescrite effectue un paiement valable, dont il ne peut d'ailleurs obtenir le remboursement s'il vient à se raviser. La prescription transforme seulement la dette en ce que les romanistes appellent, de manière en l'espèce assez judicieuse, une « obligation naturelle ».

Mais surtout, et c'est pour ma part la critique que j'adresserai au livre, la thèse, somme toute classique, à laquelle il semble se rallier, suivant laquelle il n'y aurait en définitive de justice digne de ce nom qu'encadrée et garantie par les Etats (soit à l'intérieur de ceux-ci, soit dans le cadre des institutions internationales), ne condamne-t-il pas, de fait, les victimes des crimes d'Etat et des violations les plus graves des droits fondamentaux, dans l'attente illusoire de l'instauration de l'Etat mondial, à un retour frustrant au *statu quo ante*, c'est-à-dire au silence et à l'impuissance ? Car, et c'est là que l'enjeu devient capital, le contentieux transnational ne se limite pas aux préjudices de l'histoire, mais porte les maigres espoirs des victimes d'aujourd'hui, coincées qu'elles sont entre des Etats trop faibles ou trop impliqués pour leur rendre justice et des juridictions internationales dont la porte leur est le plus souvent fermée. Faut-il rappeler que ce sont les stratagèmes du contentieux transnational et plus précisément les plaintes déposées par les victimes dans plusieurs pays qui ont permis à un juge espagnol et à la chambre des Lords anglaise de faire vaciller la statue de commandeur que le général Pinochet s'était taillée sur mesure dans la Constitution du Chili et de fissurer son immunité, sans

aboutir pour autant à sa condamnation ? Que, de même, les actions entreprises contre les Marcos, Karadzic et autres Hissène Habré contribuent peut-être un peu à ce que les anciens dictateurs dorment un peu moins tranquillement dans leur lit. Qu'enfin, c'est ce même contentieux transnational qui offre aujourd'hui à peu près la seule voie d'action tant soit peu efficace contre les sociétés multinationales accusées de méfaits dans leurs opérations *off shore*. Que c'est grâce à ce contentieux et aux initiatives de la société civile (le plus souvent dans l'indifférence voire l'hostilité du pouvoir politique et des Etats) que Nike a dû rendre compte des conditions de travail dans les usines où sont fabriqués ses produits ; que Yahoo ! et Google ont été sommés de s'expliquer sur la communication d'informations au gouvernement chinois qui a conduit à l'emprisonnement de dissidents ; que les compagnies pétrolières Total et Unocal ont été accusées de complicité avec la junte birmane, notamment de profiter du travail forcé. Certes, toutes ces actions sont loin d'aboutir et lorsqu'elles aboutissent, c'est généralement, comme l'a bien montré Garapon pour les préjudices de l'histoire, à une transaction opaque. Mais, est-ce une raison suffisante pour y renoncer, alors qu'il n'existe pas d'autre voie pour tenter, même avec très peu d'espoir, d'obtenir justice ?

Reste alors la question de la forme de ces actions et des voies qu'elles sont susceptibles d'emprunter. Dans son livre, Antoine Garapon réserve ses critiques aux actions civiles, accusées de se perdre dans les méandres d'une justice « privatisée » dont il dénonce les carences, par opposition aux actions pénales (qui peuvent également être introduites de manière transnationale, par exemple dans le cadre de la mise en œuvre d'une loi de compétence universelle). Il écrit ainsi à propos de ces actions civiles : « ces actions ont tenté de contourner l'Etat et la politique en passant par le droit civil plutôt que par le pénal, par l'argent plutôt que par la peine, par des pressions plutôt que par la procédure, par des acteurs privés plutôt que par la puissance publique ». Faudrait-il donc se résigner, pour sauver la justice, à trier, au sein de ce contentieux transnational le bon grain pénal (qui demeure quand même sous la tutelle de l'Etat) de l'ivraie civile (totalement abandonnée à la libre disposition des parties privées) ? Je n'en suis pas convaincu et ce pour plusieurs raisons. D'abord, parce que, et le grand connaisseur des cultures judiciaires qu'est Antoine Garapon et le coauteur de l'excellent *Juger en Amérique et en France* (O. Jacob, 2003) ne me démentira pas sur ce point, la frontière entre les actions répressives et les actions civiles, loin d'être gravée dans le marbre du droit naturel, varie considérablement d'un système juridique à l'autre. Tous les comparatistes savent que, notamment pour l'intégration par les Etats de règles internationales dans leur ordre interne, ce qui est atteint ici par la voie civile le sera là-bas par la voie pénale et *vice versa*. Cette différence ne pose pas problème pour autant que les deux procédures puissent être regardées comme fonctionnellement équivalentes. C'est pourquoi l'on fera bien, sur cette question, d'éviter un trop grand formalisme et qu'on préférera se laisser guider par des considérations pragmatiques. Or, de ce point de vue, si le procès pénal offre certains avantages incontestables, notamment quant à l'établissement de la vérité et à la portée symbolique attachée au prononcé d'une peine, encore faut-il ici aussi raisonner prudemment et au cas par cas. Ainsi, dans l'affaire sur les agissements de Total et d'Unocal en Birmanie qui a donné lieu à la fois à une procédure pénale en France et à une procédure civile aux Etats-Unis, l'affaire française a abouti à une

ordonnance de non-lieu, inédite, difficile à se procurer et au reste peu disserte sur le fond, tandis que l'affaire américaine, qui s'est pourtant soldée par une transaction, a fait l'objet d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale de Californie, après plusieurs années de collectes de preuves (*discovery*), qui se lit comme un véritable acte d'accusation civil et qui fournit des informations précieuses sur ce qui s'est passé dans la jungle birmane (Sur ces actions, voir B. Frydman, « L'affaire Total et ses enjeux », www.philodroit.be). Par ailleurs, la peine perd de sa spécificité par rapport à l'argent, lorsque celui contre qui elle est prononcée est une personne morale, comme une société par exemple. D'un autre côté, l'action civile présente, dans le champ miné du contentieux transnational, les avantages de ses inconvénients. Moins proche de l'Etat, elle est aussi moins sensible aux pressions du pouvoir et ne dépend pas pour progresser du bon vouloir du ministère public (qui, pour divers motifs, fait souvent défaut). Moins territoriale que l'action publique, elle offre souvent plus de possibilités quant au choix du for et parfois (mais pas toujours) plus de latitudes en ce qui concerne les standards et les formes de la preuve. Pour toutes ces raisons, le choix de l'action civile, même si son issue est le plus souvent extrêmement incertaine, s'avèrera souvent plus judicieux que le déclenchement de l'action pénale.

En conclusion, si on ne peut que s'accorder avec les analyses d'Antoine Garapon lorsqu'il met en évidence les carences, les apories et les risques de certaines actions en réparation des actions en réparation des préjudices de l'histoire, on se gardera bien de tirer de ces analyses sur les insuffisances d'une justice civile mondiale et son nécessaire dépassement dans un ordre politique une condamnation du contentieux transnational qui se développe actuellement, dans le domaine pénal et plus encore dans le domaine civil. Dans l'état actuel de la justice mondiale, ces actions, qui s'insinuent dans les interstices entre une justice d'Etat, dont il faut pas s'exagérer les mérites, et une justice internationale, encore largement à construire, représentent, malgré leurs défauts et leurs faiblesses, une solution, certes imparfaite et transitoire, mais opportune pour le jugement de certains crimes et violations graves des droits de l'homme. A ce titre, le contentieux transnational des droits de l'homme, y compris civil, constitue pour le présent un terrain stratégique à investir de la lutte pour le droit et contre l'impunité.

Benoit Frydman

Professeur à l'Université Libre de Bruxelles

Directeur du Centre Perelman de Philosophie du droit (www.philodroit.be)

Membre du Conseil Supérieur de la Justice (Belgique)