La Participation Pour les Communautés Locales Africaines Dans la 'Justice Délocalisée' : Une Chimère?

By:

Rimdolmsom Jonathan Kabre

October 6, 2021

L'accès à la justice et à un recours effectif est un principe important reconnu par les systèmes juridiques nationaux, régionaux et internationaux. En Afrique du Sud, par exemple, ce principe est consacré par l'article 34 de la Constitution qui affirme le droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue publiquement et équitablement devant une cour ou tout autre tribunal ou forum indépendant et impartial. Au plan régional, les différents instruments de protection des droits de l'homme contiennent tous, une disposition relative au droit d'accès à la justice. Dans ce sens, l'article 7 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples affirme le droit pour chaque personne à ce que sa cause soit entendue (Voir aussi l'article 6 CEDH et l'article 8 CADH). Ce principe a aussi été repris par certains textes internationaux récents tels que les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (p. 31)

ou encore les Objectifs de développent durable (objectif n°16).

Toutefois, et malgré cette reconnaissance quasi-universelle, la mise en pratique dudit principe n'est pas sans difficultés, s'agissant notamment des communautés locales. En effet, lorsqu'elles sont victimes de violations des droits de l'homme qui résultent essentiellement d'activités économiques, ces communautés sont souvent confrontées à des obstacles juridiques et pratiques pour accéder à la justice et obtenir des recours efficaces. Dans la récente affaire Vedanta, par exemple, les juridictions anglaises ont relevé quelques-uns de ces obstacles rencontrés par les populations africaines dans leur quête de justice locale et qui sont principalement d'ordre technique et financier (ceux-ci seront analysés dans les sections suivantes). *Quid* de ces obstacles lorsque la justice est 'délocalisée'? Cette délocalisation permet-elle une meilleure participation des communautés locales?

Notre contribution s'inscrit ainsi dans ce contexte de cette justice, intervenant en dehors du continent africain (et que l'on pourrait qualifier de 'délocalisée' car ne se déroulant pas là où la violation a été commise) et examine les obstacles juridiques rencontrés par ces populations locales dans leur quête de justice de même que les mécanismes qui tendent à donner toute sa substance à une telle participation.

Il faut peut-être rappeler que, dans le cadre des procédures juridictionnelles délocalisées, cette participation prend deux formes principales : une forme directe lorsque lesdites communautés sont à l'initiative de la procédure devant les tribunaux de l'État d'origine des investisseurs et des entreprises et une forme indirecte lorsque ces communautés interviennent en qualité de tierce partie. Il existe aussi une forme intermédiaire lorsque l'action est initiée au nom desdites communautés par des acteurs tiers, notamment des organisations non gouvernementales comme c'est le cas dans l'affaire opposant la société Total SA aux organisations Association Les Amis De La Terre France, Association The National Association Of Professionnal Environmentalists (Nape) et Association Africa Institute For Energy Governance (Afiego), agissant au nom des communautés ougandaises, affectées par les activités pétrolières de ladite société en Ouganda. Partant d'une analyse relative à la centralité du droit à une assistance juridique effective dans la quête de justice des communautés locales, la réflexion se focalisera essentiellement sur la participation directe

desdites communautés dans les procédures juridictionnelles délocalisées et examinera les mécanismes d'assistance juridiques disponibles, aussi bien en Afrique (1) qu'en Europe (2), pour permettre une 'pleine participation' desdites communautés dans la justice délocalisée. Les autres formes de participation feront l'objet d'un examen à l'occasion d'une analyse beaucoup plus systématique.

1. L'assistance Juridique 'Africaine' Pour des Communautés Locales Participant Dans la Justice Délocalisée: Entre Insuffisance et Inadéquation

Fournir une assistance juridique aux personnes (qui en ont besoin) est un défi qui nécessite l'implication d'un ensemble d'acteurs au premier plan desquels les États. Dans ce sens, la majorité des gouvernements africains ont institué des fonds et des organes d'assistance juridiques et judiciaires pour que les populations, ne pouvant s'attacher les services d'un avocat, puisse néanmoins être assistées juridiquement dans leur quête de justice. En Afrique du Sud, par exemple, le préambule du Legal Aid Act 39 of 2014 souligne que cette loi vise à «garantir l'accès à la justice et la réalisation du droit d'une personne à être représentée par un avocat tel que prévu dans la Constitution et de fournir ou rendre une aide juridique et des conseils juridiques disponibles». Au niveau continental, la Cour Africaine a aussi institué une politique d'Assistance judiciaire pour les individus et groupes d'individus intervenant devant elle. Toutefois, et comme l'a souligné la Déclaration de Lilongwe sur l'accès à l'assistance juridique dans le système pénal en Afrique, «en dépit de ces mesures, on constate encore des manquements considérables dans l'apport d'assistance judiciaire aux personnes ordinaires, manquements qui sont aggravés par un manque de personnel et de ressources».

Ces ressources humaines et matérielles sont particulièrement requises en matière d'assistance juridique à apporter aux populations locales pour leur participation directe dans la justice délocalisée qui est plus coûteuse: intervenant loin du lieu de commission des faits, celle-ci nécessite davantage de moyens financiers et techniques aussi bien pour la collecte des données et des preuves que pour l'administration des actions collectives qui impliquent une multitude de plaignants sans oublier le fait que cette justice peut prendre plus de temps que celle qui peut être qualifiée de locale. Dans l'affaire Vedanta

par exemple, il y avait au moins 1826 Zambiens, demandeurs à l'action devant les juridictions anglaises. Il faut aussi ajouter qu'en matière de représentation ou d'assistance juridique, l'argent et l'expertise vont souvent de pair : plus le juriste dispose d'une expertise poussée, plus le montant de ses honoraires est élevé comme l'a constaté le Ministère de la justice du Royaume Uni selon lequel: «paying a higher fee may be justifiable where work differs significantly, for example if the proceedings are more complex or require different skill sets and/or more expertise» (Ministry of Justice, Transforming legal aid: delivering a more credible and efficient system, Consultation Paper CP14/2013, p. 89).

Cela est notamment vrai en matière d'action collective compte tenu du nombre important de plaignants et de la complexité des questions soulevées. Dans l'affaire Nyasulu v Konkola Copper Mines, par exemple, l'insuffisance des moyens financiers a finalement abouti à la soumission de rapports médicaux pour seulement 12 plaignants sur une population générale d'environ 2000 demandeurs à l'instance. En conséquence, la demande de 1989 autres plaignants fut rejetée pour défaut d'éléments probatoires. Aussi, le directeur du Legal Aid Board of Zambia a affirmé, dans l'affaire Vedanta, que cet organe n'avait ni les capacités encore moins le financement pour intenter une action collective au nom de 1800 demandeurs et que le financement exceptionnel, auquel ces communautés pouvaient prétendre, s'élève à 352 US Dollars par affaire (paras 180-181). Bien que l'Afrique du Sud soit l'une des principales puissances économiques du continent, la House of the Lords, dans l'affaire Lubbe v Cape, avait finalement conclu que les demandeurs sud-africains n'auraient finalement pas accès à la justice en Afrique du Sud et que cela était un argument suffisant pour retenir la compétence des tribunaux anglais:

> *«I do, however, think that the absence, as yet, of developed procedures for handling group actions in South Africa reinforces the submissions made by the plaintiffs on the funding issue. It is one thing to embark on and fund a heavy group action where the procedures governing the conduct of the proceedings are known to and understood by experienced judges and practitioners. It may be quite another where the exercise is novel and untried. There must then be an increased likelihood of interlocutory decisions which are contentious, with the likelihood of appeals and delay. It cannot be*

assumed that all judges will respond to this new procedural challenge in the same innovative spirit ... The procedural novelty of these proceedings, if pursued in South Africa, must in my view act as a further disincentive to any person or body considering whether or not to finance the proceedings» (para 30).

Les choses ont toutefois évolué dans cette nation, avec notamment un budget beaucoup plus important pour l'assistance juridique (qui dépassait les 2 milliards de Rands selon le Rapport annuel 2019-2020) et aussi la possibilité de recourir aux accords d'honoraires conditionnels. Ceux-ci sont toutefois interdits par certains autres États africains, comme la Zambie, alors que ces accords d'honoraires conditionnels pourraient contribuer à réduire le montant des honoraires d'avocats en conditionnant une partie desdits honoraires à l'issue de la procédure : en cas de victoire, l'avocat sera rémunéré sur le montant à recouvrer et en cas d'échec, il ne pourra pas prétendre à une partie de ses honoraires (voir section suivante).

On pourrait, cependant, s'interroger sur l'opportunité de demander aux gouvernements africains, aux ressources économiques réduites, de financer la justice délocalisée. Ne s'agirait-il pas là d'une nouvelle forme de redistribution économique Sud-Nord au prétexte de la justice ? Si l'on reconnaît une part de responsabilité aux entreprises européennes (et donc aux gouvernements qui sont supposés les contrôler), alors il est logique que ce soit ces derniers qui se chargent de garantir que la justice délocalisée soit accessible aux populations locales africaines concernées. Tout en partageant une telle vision des choses, il me semble néanmoins difficile d'exonérer les États africains de toute responsabilité en la matière car il est question de leurs propres populations, vis-à-vis desquelles ceux-ci ont un devoir de promotion et de protection des droits et libertés (comme le rappelle l'article 25 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples). Ensuite, certaines violations et autres atteintes subies par lesdites populations ont été commises en complicité avec des autorités gouvernementales comme ce fut le cas dans l'affaire Kalma v African Minerals (voir ici et ici de même que le commentaire de cette affaire ici).

2. Les populations locales africaines et l'assistance juridique en Europe

Comment ces populations africaines ont-elles été assistées devant les tribunaux européens et quelles leçons peuvent être tirées ? Dans l'affaire Vedanta, les communautés locales zambiennes étaient représentées par Leigh Day qui est un cabinet anglais particulièrement actif dans la représentation des communautés victimes de violations de droits de l'homme par des entreprises dont les sociétés-mères sont basées en Angleterre. Ledit cabinet est aussi intervenu dans l'affaire Okpabi and others (Appellants) v Royal Dutch Shell Plc and another (Respondents) de même que dans l'affaire the Bodo community & ors v the shell petroleum Development Company of Nigeria Ltd. Très récemment, à l'occasion de l'affaire Four Nigerian Farmers and Milieudefensie v. Shell, les agriculteurs nigérians étaient assistés par Channa Samkalden, du cabinet Prakken d'Oliveira Human Rights Lawyers. : On constate qu'il s'agit, en règle générale, de cabinets d'avocats, basés dans l'État de domiciliation des sociétés-mères des entreprises visées et qui bénéficient d'une expérience dans la gestion des actions collectives. Toutefois, la question de leurs honoraires reste très opaque : s'agit-il de prestations pro bono ou sur la base de conventions d'honoraires conditionnels? Plus généralement, quelles sont les possibilités de financement de la justice délocalisée, au plan européen, auxquelles les communautés locales africaines peuvent prétendre?

Au niveau communautaire, le Conseil de l'Union Européenne a adopté la Directive 2002/8/CE, le 27 janvier 2003 avec l'objectif d'améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires. Cette directive, pour qui le manque de ressources d'une personne partie à un litige ne devrait constituer un obstacle à un accès effectif à la justice, affirme que «*toute personne intervenant dans un litige en matière civile ou commerciale relevant de la présente directive doit pouvoir faire valoir ses droits en justice même si sa situation financière personnelle l'empêche de pouvoir faire face aux frais de justice. L'aide judiciaire est considérée comme appropriée quand elle permet au bénéficiaire d'accéder effectivement à la justice dans les conditions prévues par la présente directive*» (Considérant n°6 du préambule de la Directive). Dans ce sens, l'aide couvre les conseils précontentieux, afin de parvenir à un règlement avant d'engager une procédure judiciaire, une assistance juridique pour saisir un tribunal et une représentation en justice ainsi que la prise en charge ou l'exonération des frais

de justice, y compris les frais exposés pour qu'un jugement soit déclaré exécutoire ou soit exécuté (Considérant n°11 du préambule de la Directive).

Cette directive bénéficie-t-elle aux communautés locales africaines ? A priori non puisque le champ d'application de cette directive se limite aux affaires transfrontalières au sein de l'Union Européenne, c'est-à-dire les affaires dans lesquelles la partie qui présente une demande d'aide judiciaire a son domicile ou sa résidence habituelle dans un État membre, de l'Union Européenne, autre que l'État du for ou que l'État dans lequel la décision doit être exécutée (article 2). Elle ne semble pas applicable lorsque la réclamation concerne une entreprise mère domiciliée dans l'Union européenne et que le préjudice a été causé en dehors de l'Union Européenne. En d'autres termes, la Directive ne profite qu'aux ressortissants domiciliés ou résidant habituellement sur le territoire d'un État membre et aux ressortissants d'États tiers qui résident habituellement et légalement dans un État membre. Elle n'assisterait donc pas les victimes résidant en dehors de l'Union européenne.

Certains auteurs estiment, cependant, que cette directive pourrait s'appliquer aux litiges transnationaux contre des entreprises domiciliées dans l'Union européenne, parce qu'une différence de traitement dans l'accès à l'aide juridique fondée uniquement sur le critère de résidence pourrait très certainement être attaquée et aussi parce que les principes énoncés dans la Directive peuvent être considérés comme mettant en œuvre le droit fondamental d'accès à la justice : «Ainsi, dans le contexte de l'application du Règlement Bruxelles I, les demandeurs qui invoquent un droit d'accès à la justice, sur la base de dispositions du droit communautaire, devraient bénéficier d'un accès à la justice *effectif*. En conséquence, ils ne devraient pas faire face à des obstacles financiers disproportionnés» (Gwynne Skinner, Robert McCorquodale, Olivier De Schutter, Le troisième pilier: L'accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales, Décembre 2013, p. 62). Cette position ne semble pas, pour le moment, confirmée par la pratique.

Au niveau national, plusieurs pays européens semblent permettre aux communautés locales étrangères de bénéficier exceptionnellement de l'assistance juridique. Ainsi, et même si la Loi sur l'aide juridique des Pays-Bas n'accorde l'aide juridique qu'en ce qui concerne des litiges où des intérêts

juridiques de droit néerlandais sont impliqués (voir l'article 12 Wet op de rechtsbijstand), des auteurs rapportent que des communautés locales africaines ont exceptionnellement bénéficié de cette aide juridique, notamment dans l'affaire Oguru et al. vs Royal Dutch Shell plc et que le parlement Néerlandais a essayé, sans succès, d'établir une assistance juridique destiné spécialement aux plaignants provenant des pays pauvres (Gwynne Skinner, Robert McCorquodale Olivier De Schutter, Andie Lambe, The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business, p. 62).

De son côté, le Royaume-Uni, après avoir accordé l'assistance judiciaire dans le cadre de procédures impliquant des violations commises en Afrique notamment, limite désormais ce type d'assistance. Heureusement, la législation anglaise autorise les Conditional Fees Agreements, que l'on pourrait traduire par accords conditionnels d'honoraires, qui permettent à des personnes litigantes d'être juridiquement assistées sans toutefois devoir payer la totalité des frais juridiques. Dans ce sens, plusieurs cabinets anglais appliquent le 'no win, no fees agreement' (sans gain, sans frais), qui est un mécanisme par lequel les honoraires d'avocats ne seront pas dus en cas de perte du procès. Ces montants peuvent toutefois être importants en cas de succès. Comme le constate le juge anglais dans l'affaire Motto v. Trafigura Ltd:

> «*if the claimant loses, the lawyer will recover no fees, and, if the claimant wins, the lawyer will claim fees, but they will almost always be paid by the defendants. The quid pro quo for lawyers who act on such a basis is that they can charge an "uplift" or "success fee", which is capped at a maximum of 100% of the lawyer's ordinary or "base" fee, and the success fee is treated as part of the recoverable costs if the defendants are ordered to pay the claimant's costs. Furthermore, to protect themselves against any liability to pay the defendants' costs should the claim fail, most claimants who litigate on this basis take out ATE (after the event) insurance, and, if the claim succeeds, the premium for such insurance ("the ATE premium") can be recovered from the defendants as part of the claimant's costs*», Motto & Ors v Trafigura Ltd & Anor (Rev 3) [2011] EWCA Civ 1150 (12 October 2011), para 18.

Dans l’affaire précitée, Leigh Day a assisté une communauté ivoirienne d’environ 30 000 personnes qui réclamaient justice après avoir été contaminées par des déchets toxiques. Celles-ci eurent gain de cause et obtinrent une indemnisation d’une trentaine de millions de livres (para 24) tandis que le cabinet juridique réclamait un montant global qui avoisinait 104 millions de livres. Ce montant global, qui incluait une prime d'assurance de 9,6 millions de livres sterling ainsi que des ‘success fee’ de 100% (para 26), fut finalement réduit en appel (para 145). Ce cabinet a, par la suite, fait l’objet d’une condamnation par la Haute Cour de Justice pour avoir manqué à son obligation de diligence envers les victimes car certaines d’entre elles n’ont pas reçu leur part d’indemnisation (voir l’affaire Sylvie Aya Agouman v Leigh Day (a firm) de même que le commentaire de celle-ci).

Conclusion

Au final, la participation directe des communautés locales dans le contentieux délocalisé se heurte à un certain nombre de difficultés, au premier plan desquelles, se trouve la question de l’assistance juridique. Si celle-ci est fondamentale dans toute quête de justice, il n’en demeure pas moins que l’assistance juridique, telle que prévue et organisée, dans la majorité des États africains n’est pas adaptée aux exigences de la justice délocalisée. Au niveau européen, il existe quelques possibilités d’assistance judiciaire qui pourraient (et ont déjà) bénéficier aux communautés africaines. Ces quelques possibilités, qui ressemblent davantage à l’arbre qui cache la forêt, devraient plutôt inciter lesdits États (essentiellement les États d’origine des entreprises mais aussi les États de provenance des communautés locales), conformément au principe 26 des Principes Directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l’homme, à initier des réformes tendant à donner toute sa substance à une telle participation, car celle-ci à bien d’égards, semble pour le moment chimérique.

View online: La Participation Pour les Communautés Locales Africaines Dans la ‘Justice Délocalisée’ : Une Chimère?

Provided by Afronomicslaw