



**Centre de droit des affaires et du commerce international**  
Faculté de droit, Université de Montréal

---

## **Compte rendu de l'affaire *Nevsun c Araya***

Le 12 mars dernier, le Centre de droit des affaires et du commerce international (CDACI) de l'Université de Montréal a organisé une table ronde à la suite de l'arrêt *Nevsun c Araya*<sup>1</sup>, rendu par la Cour suprême du Canada le 28 février 2020. Ce fut l'occasion pour les professeurs Renée-Claude Drouin, Amissi M. Manirabona, Derek McKee et Stéphane Rousseau, de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, et Ivan Tchotourian, de la Faculté de droit de l'Université Laval d'éclairer le public sur le raisonnement des juges et la portée juridique de cet arrêt.

### **Rappel des faits**

Trois travailleurs érythréens réfugiés au Canada affirment avoir été conscrits, via leur service militaire, à un régime de travail forcé dans une mine appartenant à une société canadienne, Nevsun Resources Ltd. Ces travailleurs réclament des dommages-intérêts contre Nevsun devant la Cour supérieure de la Colombie-Britannique. Nevsun a présenté une requête en radiation des actes de procédures sur la base de la doctrine de l'acte de gouvernement, qui empêcherait les tribunaux nationaux de porter un jugement sur les actes souverains d'un gouvernement étranger. La Cour suprême, dans son arrêt, a rejeté la requête de Nevsun et renvoyé le dossier au juge de l'instance pour trancher le litige sur le fond.

### **Interventions des panélistes**

Le **Professeur Manirabona**, après avoir présenté le contexte entourant la décision, a expliqué son caractère historique. D'abord, la Cour admet que les violations des droits humains à l'étranger peuvent faire l'objet d'une poursuite civile au Canada. En second lieu, elle rejette expressément la doctrine de l'acte de gouvernement. Toutefois, cette décision laisse tout de même plusieurs questions en suspens qui valent la peine d'être explorées.

---

<sup>1</sup> 2020 CSC 5.



**Centre de droit des affaires et du commerce international**

Faculté de droit, Université de Montréal

---

La **Professeure Drouin** a rappelé que la plupart des recours similaires présentés devant les tribunaux dans les dernières années, notamment le recours intenté contre Loblaw dans la foulée de la tragédie du Rana Plaza, étaient fondés sur des principes de responsabilité civile. Toutefois, dans le cas qui nous occupe, les demandeurs allèguent qu'ils ont été victimes d'esclavage, de travail forcé et de crimes contre l'humanité. Il s'agit donc d'un recours en justice contre une entreprise transnationale fondé non seulement sur les principes de la responsabilité civile, mais également sur la violation du droit international coutumier.

La question de l'intégration des normes internationales coutumières en droit interne a sérieusement divisé la Cour. Si sept des neuf juges s'entendent sur l'incorporation du droit international coutumier en droit canadien, seulement les cinq juges majoritaires considèrent qu'il est possible que celui-ci s'applique aux entreprises transnationales. Les deux juges dissidents en partie (les juges Brown et Rowe) refusent cette possibilité. Cette division révèle une ligne de fracture plus profonde encore quant au rôle du juge dans l'élaboration d'un droit réellement transnational, selon lequel une entreprise pourrait être trouvée responsable de violations des droits de l'Homme dans un forum étranger. Historiquement, dès les années 1970, on a observé un mouvement visant l'encadrement de la conduite des entreprises transnationales au niveau international. Plusieurs forums internationaux ont développé des instruments de droit « souple » à cet effet, notamment les

*Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales* ou la *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale* de l'Organisation internationale du travail. Cette poussée observée dans les années 1970 a repris vigueur durant la décennie 1990, alors que la mondialisation s'accélérait et que les nouvelles technologies permettaient d'observer en temps réel les actions des entreprises transnationales dans les pays où elles opéraient. Cette seconde vague a entraîné l'élaboration de nouveaux instruments, notamment les *Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, adoptés en 2011 pour donner suite au travail du Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits de l'homme et les entreprises John Ruggie. Sa vision s'articule autour de trois piliers :

- **Protéger** : les États ont le devoir de protéger leurs nationaux contre les violations des droits humains sur leur territoire ou sous leur juridiction;
- **Respecter** : les entreprises doivent respecter ces droits, pris largement, notamment par l'adoption d'une politique et la mise en place de systèmes de diligence raisonnable pour identifier, prévenir et mitiger les risques d'atteintes aux droits de l'Homme dans le cadre de leurs activités. Cette responsabilité s'étend à toute la



**Centre de droit des affaires et du commerce international**

Faculté de droit, Université de Montréal

---

chaîne d'approvisionnement de l'entreprise, sans se limiter au cadre de la société par actions.

- Réparer : les victimes de violations doivent avoir accès à une réparation, à la fois auprès de l'État et des entreprises.

Il faut toutefois noter que les *Principes directeurs* mentionnent expressément qu'ils ne créent pas de nouvelles obligations. De même, aucune procédure explicite de mise en œuvre n'a été mise en place. Cependant, de tels instruments de droit « souple » subissent un durcissement normatif par leur transposition en droit national. Par exemple, la France a adopté une loi qui oblige les entreprises à adopter un système de vigilance raisonnable.

Lors de l'adoption des *Principes directeurs* en 2011, plusieurs voix se sont élevées contre leur caractère non-contraignant. Ainsi, un groupe de travail a été formé pour élaborer un projet de traité contraignant qui s'articulerait autour de piliers similaires à ceux sur lesquels reposent les *Principes directeurs*. On peut donc conclure que le droit évolue lentement vers la reconnaissance de l'application du droit international coutumier aux entreprises transnationales. Ceci nous ramène donc à la fracture observée entre les juges majoritaires et dissidents en partie : est-ce bien le rôle des tribunaux de mener la charge de cette évolution, ou bien doit-on laisser le législateur en élaborer les paramètres? Une chose est sûre : la décision *Nevsun* devrait être un signal pour le législateur lui indiquant de suivre cette évolution de près, pour éviter que les tribunaux ne se l'approprient entièrement.

Le **Professeur McKee** a quant à lui commenté les aspects civils de la décision. En *common law*, les tribunaux ont le pouvoir de créer de nouveaux délits civils, mais la question d'importance demeure s'ils devraient le faire. La tendance en *common law* semble être une reconnaissance de la possibilité d'intenter un recours au Canada contre une entreprise canadienne pour des faits s'étant produits à l'étranger et le rejet concomitant de la doctrine du *forum non conveniens* dans le cas de violations des droits de l'Homme.

Au-delà de cette question, la décision *Nevsun* soulève le problème, maintes fois discuté, de l'incorporation du droit international en droit interne. On peut imaginer un spectre de positions allant d'une posture quasi-moniste selon laquelle le droit international s'appliquerait presque automatiquement en droit interne; à une position nationaliste pour laquelle le droit national devrait se protéger de ce qui constitue, en fait, une ingérence étrangère.

Plusieurs auteurs ont adopté une position mitoyenne selon laquelle on peut se méfier de l'incorporation automatique du droit international au droit interne, sans nécessairement



**Centre de droit des affaires et du commerce international**

Faculté de droit, Université de Montréal

---

considérer toute tentative d'incorporation comme une ingérence. Au-delà du déficit démocratique régulièrement invoqué à l'encontre des normes internationales, l'adoption par la magistrature d'une position quasi-moniste poserait certains problèmes au Canada, notamment en regard de la séparation des pouvoirs prévue à la Constitution et de l'étanchéité entre les champs de compétence fédéraux et provinciaux. En ce sens, les motifs des juges dissidents en partie constituent un avertissement à l'égard des juristes qui seraient tentés d'instrumentaliser le système juridique interne pour faire avancer la question des droits de l'Homme au niveau international.

Le **Professeur Tchotourian** a analysé la décision en regard de l'institution en 2018, de l'ombudsman en matière de responsabilité sociale des entreprises. En effet, on peut distinguer, du point de vue des victimes, deux voies d'actions pour obtenir réparation : une voie traditionnelle passant par les tribunaux judiciaires, et une voie souple constituée de fora alternatifs.

Du côté de la voie judiciaire, les victimes font face à plusieurs obstacles, notamment la doctrine du *forum non conveniens*. Cette doctrine énonce que parmi toutes les cours compétentes pour connaître un litige, celle devant le connaître est le tribunal nettement approprié, avec lequel le litige a le lien le plus important. Cette doctrine a été codifiée au Québec à l'article 3135 du Code civil. Plusieurs décisions récentes illustrent une approche nouvelle, plus souple, à l'égard de cette doctrine : *Nevsun*, mais aussi *Garcia c Tahoe Resources inc.*<sup>2</sup>. Selon cette nouvelle approche et comme mentionné par le professeur McKee, on peut rejeter la doctrine du *forum non conveniens* lorsque les circonstances du litige indiquent que le renvoi de l'affaire devant un tribunal étranger expose le demandeur à un risque réel d'injustice.

Du côté de la voie souple et des fora alternatifs, on retrouve au Canada l'ombudsman pour la responsabilité sociale des entreprises et le Point de contact national du Canada (PCN) en matière de responsabilité sociale des entreprises, deux mécanismes de règlement des différends volontaires. La mission de l'ombudsman est de connaître les violations aux droits de la personne internationalement reconnus. Ces atteintes doivent avoir eu lieu dans le cadre des activités d'une entreprise canadienne œuvrant dans l'industrie extractive ou dans le textile. Son rôle est de conseiller les entreprises sur la mitigation des risques liés aux droits humains, opérer un mécanisme volontaire de règlement des différends, enquêter sur saisine ou de sa propre initiative et émettre des recommandations; toutefois, il ne peut

---

<sup>2</sup> 2017 BCCA 39.



**Centre de droit des affaires et du commerce international**

Faculté de droit, Université de Montréal

---

pas créer de nouvelles normes. De plus, l'ombudsman se voit fortement critiqué pour son manque d'indépendance.

Ainsi, au-delà des fora traditionnels ou alternatifs, peut-être faut-il réfléchir à certaines manières d'innover en droit pour permettre la réparation des violations des droits humains par les entreprises multinationales, transnationales et les groupes d'entreprises. D'abord, on pourrait penser à assouplir la dureté de la personnalité morale et faciliter la levée du voile corporatif dans certaines circonstances. Ensuite, on peut imaginer une définition différente de l'objet des entreprises et l'ouvrir à la participation des parties prenantes (employés, fournisseurs, société civile, etc.) Finalement, on pourrait mettre en place un devoir de vigilance qui se traduirait par la publication, par les entreprises concernées, d'un plan de prévention et de mitigation des risques en matière de responsabilité sociale.

Finalement, le **Professeur Rousseau** a présenté les problèmes liés à l'organigramme corporatif reliant Nevsun Resources Ltd. et la mine en Érythrée. D'abord, la société érythréenne chargée de l'opération de la mine, Bisha Company, a deux actionnaires : Nevsun, à 60 %, et la Erythrean Mining Corporation, une société d'État, à 40 %. La société Bisha a donné un contrat de gestion à une société tierce, SENET, qui elle-même a donné un contrat de sous-traitance à Mereb Construction Company, une société contrôlée par l'armée érythréenne. Ainsi, on constate que la structure de l'entreprise n'est pas que corporative : on intègre des composantes contractuelles qui troublent la conception plus traditionnelle de l'entreprise transnationale, conception basée sur la dyade mère-filiale.

Au niveau des voies de recours, en droit des sociétés, le premier et principal recours est la levée du voile social, permettant de faire fi de la distinction entre mère et filiale. Ce recours est caractérisé au Canada par deux approches : d'abord, l'approche du Code civil du Québec, qui autorise à son article 317 la levée du voile social, et ailleurs au Canada, la *common law* qui élabore les grands paramètres de ce recours.

Dans l'affaire *Yaiguaje c Chevron Corporation*<sup>3</sup>, la Cour d'appel de l'Ontario a énoncé les principes de la levée du voile corporatif en *common law*. D'abord, la filiale doit être totalement contrôlée par la mère, à un point tel que celle-ci en devient une marionnette (« *a mere puppet* »); ensuite, la filiale doit avoir été mise en place dans un but frauduleux, ou doit être utilisée de manière impropre, ce qui implique une autre forme d'illégalité. Du

---

<sup>3</sup> 2018 ONCA 472.



**Centre de droit des affaires et du commerce international**

Faculté de droit, Université de Montréal

---

même coup, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté la théorie dite « de groupe d'entreprise », acceptée en droit allemand, qui commanderait de voir au travers les structures juridiques pour se concentrer sur la réalité économique lorsqu'il est question de lever le voile social. Cette théorie, selon l'arrêt *Chevron*, n'est pas applicable en droit canadien. Ainsi, au regard de ces principes, il semble que les faits particuliers de l'affaire *Nevsun* se prêtent difficilement à une levée du voile corporatif.

La jurisprudence québécoise est moins contraignante, en ce qu'elle commande un degré de contrôle plus flexible, et la présence de l'un ou l'autre des éléments suivants : fraude, abus de droit ou contravention à une règle d'ordre public. Par exemple, la Cour d'appel du Québec a accepté de lever le voile corporatif dans le cadre de violations de droits de la personne dans l'affaire *Coutu c Québec (Commission des droits de la personne)*<sup>4</sup>. On observe donc une certaine souplesse dans la jurisprudence québécoise qui semble absente en *common law*.

Du côté civil finalement, la Cour suprême du Royaume-Uni a conclu, dans l'affaire *Vedanta Resources PLC c Lungowe*<sup>5</sup>, que la reconnaissance d'un devoir de diligence de la mère pour certaines activités de sa filiale n'implique pas la création d'un nouveau *tort*. Ainsi, il est possible d'utiliser le *tort* de négligence pour attaquer une société mère lorsque celle-ci est fortement impliquée dans les opérations de sa filiale. Cette voie de résolution civile devra être suivie de près.

*Propos recueillis par Étienne Gendron, Étudiant au doctorat*

*Université de Montréal*

---

<sup>4</sup> 1998 CanLII 13100 (QC CA).

<sup>5</sup> [2019] UKSC 20 (Royaume-Uni).