

Commentaire d’arrêt : L’Affaire Araya et l’accès aux recours civils fondés sur le droit coutumier international au Canada

May 28, 2018

Les recours civils fondés sur la coutume internationale en sont encore à leurs balbutiements au Canada, mais ils sont ancrés dans l’argument logique que la coutume internationale, tel qu’elle est incorporée dans le droit canadien, peut servir comme fondement pour une cause d’action en réparation. Plus récemment, la recevabilité de l’affaire Araya c Nevsun Resources Ltd. a été examinée par la Cour suprême et la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (C-B).[1] *La question novatrice de cette poursuite est celle de savoir si une personne non citoyenne peut se prévaloir d’un recours civil au Canada pour les violations du droit coutumier international, voire les principes jus cogens en matière des droits de l’homme. Comme nous le verrons dans cet article, l’affaire Araya est sur le point de faire évoluer le droit canadien en la matière.*

En 1945, à l’aube de la création de l’Organisation des Nations Unies (ONU), seuls les États étaient les acteurs d’importance majeure sur la scène internationale. Cela restait le cas même quand certains droits de la personne, tel le droit de ne pas être soumis à la torture, ont été peu à peu revendiqués comme principes *jus cogens* ayant force exécutoire dans tous les pays du monde. C’était aux États que revenait l’obligation de respecter, de protéger et de mettre en œuvre ces droits dans leur juridiction nationale.

Plus la mondialisation a pris son essor, plus les sources de son influence ont été diversifiées. Bénéficiaires de multiples accords et traités d'investissement bilatéraux et multilatéraux, les sociétés transnationales sont une des manifestations les plus visibles de la mondialisation. Dans le monde d'aujourd'hui, elles profitent de la possibilité d'exercer et d'étendre leurs activités à l'échelle mondiale par le biais de sous-traitants et sociétés filiales.

L'ouverture des marchés à la libre concurrence au niveau mondial a porté certains effets positifs (telles la création des emplois et la croissance de l'économie), mais pas par tous à parts égales. Ses intérêts principaux étant de tirer un profit, la société qui mène une activité lucrative dans un pays en voie de développement est peu motivée pour veiller au respect des droits fondamentaux de la population locale.

Selon le Professeur John Ruggie, Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises (Représentant spécial), ce décalage des intérêts est une « crise actuelle » due à un problème de gouvernance, lequel a permis des abus « commis par toutes sortes d'entreprises, sans qu'elles soient dûment sanctionnées et sans possibilité de réparation appropriée ».[2]

De plus, le *Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises* de l'ONU préconise que :

…[g]arantir l'accès à des voies de recours efficaces en cas d'atteintes aux droits de l'hommes imputables à des entreprises exigera des changements en profondeur… Pour commencer, il serait souhaitable de supprimer les obstacles juridiques, pratiques, procéduraux et juridictionnels bien connus qui entravent l'accès aux mécanismes judiciaires…[3]

Un recours civil pour les violations des normes internationales peut être qualifié d'hybride entre le droit privé et le droit international public. Sa cause d'action est empruntée au domaine du droit privé, mais il soulève dans son fond les principes et normes protégés par le droit international public.[4] Une telle poursuite, bien que rare, n'est pas une nouveauté juridique. Elle a eu sa première manifestation contemporaine aux États-Unis en 1980, lorsqu'une loi datant de 1789 – dite *Alien Tort Claims Act* (ATCA)[5] – a veillé à ce que M. Filàrtiga, père paraguayen d'un jeune homme torturé au Paraguay, ait gain de cause contre le tortionnaire paraguayen qui se trouvait sur le sol américain.[6]

Comme personne morale en droit privé, la société transnationale peut devoir répondre de ses fautes dans les tribunaux de tout pays où elle exerce ses activités.

Pour les victimes de préjudices imputables aux sociétés transnationales, le droit même de se faire entendre devant le forum de leur choix est soumis à un examen minutieux.[8] Les interrogations préliminaires qui entravent ces actions comprennent la compétence matérielle et territoriale de la cour saisie, le droit applicable aux faits particuliers de la cause, la qualité d'agir des victimes, l'établissement de la preuve et l'incorporation des normes du droit international en droit national. En dépit de ces questions, depuis 2013 les tribunaux canadiens se montrent de plus en plus ouverts à

recevoir les litiges de nature transnationale.[9]

Plus récemment, la recevabilité de l'affaire *Araya c Nevsun Resources Ltd*. a été examinée par la Cour suprême et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (C-B).[10] La question novatrice de cette poursuite est celle de savoir si une personne non citoyenne peut se prévaloir d'un recours civil au Canada pour les violations du droit coutumier international, voir les principes *jus cogens*. L'affaire *Araya* est sur le point de faire évoluer le droit canadien en la matière.

Bref historique de l'affaire Araya

L'État de l'Érythrée a gagné son indépendance en 1993. Malgré ce fait, il continue de faire face à l'occupation éthiopienne dans certaines régions frontalières. Le pays est un État membre des Nations Unies et entretient des relations diplomatiques avec le Canada.

Depuis 1995, le gouvernement dictatorial s'appuie sur un système de travail forcé dit le *Programme de service national*. Les astreints du programme peuvent être assignés au sein d'un office ou d'une fonction gouvernementale, sur autre lieu de travail – par exemple un projet de développement dans l'intérêt national – ou le service militaire. La durée de service dans le *Programme de service national* a de fortes chances d'être indéterminée.[11]

En octobre 2007, Nevsun Resources Ltd. (Nevsun), une société minière installée en C-B, a lancé un projet commercial avec le gouvernement érythréen pour développer la mine d'or et de cuivre de Bisha, située 150 km à l'ouest d'Asmara. La mine a été mise en œuvre en collaboration avec deux sociétés sous le contrôle du gouvernement érythréen : la société Segen Construction Co. (« Segen ») et Mereb Construction Co. (« Mereb »). Dès lors, Bisha est le site de la première mine moderne et opérationnelle du pays pour lequel elle constitue une source économique d'importance.[12]

La société minière, quant à elle, rejette toutes accusations directes ou indirectes de responsabilité délictuelle. Ses multiples requêtes préliminaires visant à suspendre l'action en raison de son irrecevabilité ont néanmoins été écartées par les deux instances provinciales, qui, après des motivations détaillées, ont décidé d'autoriser le cheminement du procès. En janvier 2018, Nevsun a demandé autorisation pour interjeter appel auprès de la Cour suprême du Canada.[13]

Un élément central de l'argumentation de la partie défenderesse tentait de faire valoir que l'entreprise n'était pas justiciable devant le droit coutumier international. Cependant, aucune caractéristique du droit canadien n'exclut la possibilité de recours civils fondés sur la coutume internationale.[14]

En l'absence de législation contradictoire, les normes du droit coutumier international font partie du corpus de droit national au Canada.[15] Ce principe – communément appelé la doctrine de l'incorporation – a été énoncé à maintes reprises dans les doctrines et la jurisprudence provenant des pays de *common law*.[16] Déjà au 18e siècle William Blackstone, célèbre juriste anglais, avait résumé la règle ainsi :

[t]he law of nations (wherever any question arises which is properly the object of its jurisdiction) is here adopted in its full extent by the common law, and is held to be a part of the law of the land.[17]

En corollaire, Blackstone pensait que les entités privées étaient liées par ce 'droit des nations' «[f]or in vain would nations in their collective capacity observe these universal rules, if private subjects were at liberty to break them at their own discretion ».[18]

Certes, la doctrine de l'incorporation ne s'applique pas aux traités, conventions ou autres accords ratifiés par le gouvernement canadien. En tant que pays dualiste, ces règles conventionnelles exigent du Parlement une introduction formelle par le biais d'une loi sanctionnée. Cependant, les tribunaux canadiens se sont disposés à reconnaître une présomption en faveur de l'harmonisation des lois internes avec les principes encadrés dans le droit conventionnel international.[19]

Pour ce qui est des normes coutumières, la doctrine de l'incorporation s'est décidément ancrée dans le paysage du droit canadien avec R v Hape, une décision sur laquelle la Cour suprême du Canada s'est interrogée sur l'applicabilité de la Charte canadienne des droits et des libertés aux agents de la Gendarmerie royale du Canada qui avaient agi à l'étranger.[20]Dans un passage souvent cité pour sa clarté, l'honorable juge LeBel a fait valoir que :

…[l]'incorporation automatique des règles prohibitives du droit international coutumier se justifie par le fait que la coutume internationale, en tant que droit des nations, constituent également le droit du Canada à moins que, dans l'exercice légitime de sa souveraineté, celui-ci ne déclare son droit interne incompatible.[21]

De façon générale, une norme est reconnue comme partie intégrante de la coutume internationale lorsqu'elle est suivie et mise en œuvre par les nations de manière presque uniforme, et acceptée comme étant du droit (opinio juris). Une fois reconnue, elle est présumée avoir force exécutoire.[22]

Les actes reprochés dans l'affaire Araya sont prohibés par les normes coutumières appartenant à la catégorie jus cogens – ou normes impératives – ce qui signifie, selon l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités :

…une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.[23]

En outre, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans Procureur c Anto Furundzija (Furundzija) a affirmé que les normes jus cogens se situent « dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier 'ordinaire'.[24] La doctrine influente Restatement of the Law, Third Foreign Relations Law of the United States énumère la prohibition contre l'esclavage et autres violations graves des droits de la personne comme étant certains principes caractérisés de jus cogens.[25] L'interdiction de la torture, selon Furundzija, est une norme impérative de telle importance qu'elle donne à ses victimes le droit « d'engager une action en réparation auprès d'une juridiction étrangère ».[26]

La responsabilité délictuelle est une branche importante du système judiciaire canadien. À la différence des sanctions pénales, qui visent à punir les condamnés, l'objectif premier de la responsabilité délictuelle est de mettre la victime dans la position où elle se trouvait n'eût été le délit. À cet égard, les délits de la common law composent un regroupement non exhaustif d'arguments juridiques qui servent à allouer les risques associés à la vie en société. Un délit de négligence exige d'abord l'établissement d'une obligation légale d'agir avec prudence. Les obligations de diligence reconnues au Canada relèvent soit des décisions antérieures des juges, soit de la législation. En outre, elles peuvent aussi être établies de novopar les tribunaux dans une analyse à deux volets dite le test Anns Cooper.[27]

En théorie, le droit de la responsabilité délictuelle peut admettre de nouveaux arguments juridiques ancrés dans la coutume internationale. Le mot « tort » – ou délit en français – fait simplement référence à une faute qui cause préjudice. Le concept ne s'est jamais limité, comme l'a remarqué le juge Nickerson dans Filártiga, aux fautes préjudiciables causées à l'intérieur d'une frontière nationale.[28]

La marge de manœuvre accordée aux juges de la common law de reconnaître de nouvelles responsabilités et obligations entre les membres d'une société permet au droit canadien d'évoluer avec le temps, les revirements sociodémographiques et les avances technologiques. La juge en chef McLachlin s'est exprimée avec éloquence sur ce point dans Imperial Tobacco Ltd :

Le droit n'est pas immuable. Des actions qui semblaient hier encore vouées à l'échec pourraient être accueillies demain… L'histoire de notre droit nous apprend que souvent, des requêtes en radiation ou des requêtes préliminaires… amorcent une évolution du droit. Par conséquent, le fait qu'une action en particulier n'a pas encore été reconnue en droit n'est pas déterminant pour la requête en radiation.[29]

On ne peut ignorer le fait qu'un litige transnational est une sorte d'hybride, qui emprunte les règles de fonds de la coutume internationale et les applique dans un forum de droit privé. Malgré tout fondement théorique, l'appréciation d'une telle évolution de la responsabilité délictuelle en common law dépendra finalement d'un seul facteur : le courage des juges.[30]

Les recours civils fondés sur la coutume internationale en sont encore à leurs balbutiements au Canada, mais ils sont ancrés dans l'argument logique que la coutume internationale, tel qu'elle est incorporée dans le droit canadien, peut servir comme fondement pour une cause d'action en réparation. C'est grâce aux arrêts novateurs entendus par les tribunaux au cours de l'histoire que le droit canadien a pu évoluer. De nombreuses considérations de politique sociale, y compris le besoin d'un recours efficace pour les victimes étrangères des justiciables canadiens, soutiennent la conclusion selon laquelle l'action des demandeurs n'est pas vouée à l'échec.

Quoi qu'il en soit, l'affaire Araya conteste pour l'instant l'accès à un recours civil de nature transnationale. L'action n'a pas encore été entendue sur le fond et, en définitive, sa réussite dépendra de l'ouverture du tribunal à une percée juridique. Comme l'honorable Ian Binnie l'avait indiqué, cette percée ne peut se produire que lorsqu'un juge est capable de voir l'état du droit actuel tout en

saisissant sa direction potentielle.[31]

L’auteure tient à remercier Dr. François Larocque, Professeur agrégé à la Faculté de droit de l’Université d’Ottawa, section de common law (programme français), pour ses commentaires et apports constructifs lors de la rédaction de cet article.

Prière de citer cet article comme suit : Roojin Habibi, « L’Affaire Araya et l’accès aux recours civils fondés sur le droit coutumier international au Canada » (2018) 2 PKI Global Just J 15.

Roojin HabibiÀ propos de l’auteure

Roojin Habibi complète son Juris Doctor à la Faculté de droit de l’Université d’Ottawa. Elle a travaillé pour la défense des droits des femmes, des personnes à faible revenu, et des personnes vivant avec le VIH au sein d’ONG au Canada et en Namibie, et d’ONUSIDA. Elle se spécialise actuellement en droit transnational et international, et en droits de la personne dans le cadre de sa dernière année d’études juridiques à l’Université de Genève.

References

1. Araya v Nevsun Resources Ltd 2016 BCSC 1856 [Araya 1e]; Araya v Nevsun Resources Ltd 2017 BCCA 401 [Araya 2e].
2. *Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l’homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, Doc off AG, 8e sess, Doc NU A/HRC/8/5 (2008) au para 3 [*Rapport ONU*].
3. *Rapport du groupe de travail sur la question des droits de l’hommes et des sociétés transnationales et autres entreprises*, Doc off AG, 72e sess, Doc NU A/HRC/72/162 (2017) au para 8.
4. Sandra Raponi, « Grounding a Cause of Action for Torture » dans Craig Scott, *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2001 à 374.
5. *Alien Tort Claims Act*, 28 USC § 1350 (1789).

Filàrtiga v Peña-Irala, 630 F 876 (2e Cir 1980) [*Filàrtiga*]./ref]

6. À l'heure actuelle, les tribunaux de nombreux pays sont interpellés par les questions de droit et de politique sociale qui découlent de la poursuite civile d'une société transnationale.[ref]« Key Developments », *Business and Human Rights in Law*, en ligne : < www.bhrinlaw.org/key-developments>.

7. « Key Developments », ...continue Ces questions sont bien différentes de celles que l'on pose pour le comportement fautif des États ou de leurs fonctionnaires, cause pour laquelle l'immunité des États peut être invoquée comme défense à la poursuite.[ref]François Larocque, « La loi sur l'immunité des états canadienne et la torture » (2010) 55 RD McGill 81.

8. *Rapport ONU*, *supra* note 1 au para 89.

9. *Choc v Hudbay* 2013 ONSC 1414.

10. *Araya v Nevsun Resources Ltd* 2016 BCSC 1856 [*Araya 1e*] ; *Araya v Nevsun Resources Ltd* 2017 BCCA 401 [*Araya 2e*].

11. *Araya 1e, supra* note 10 au para 27.

Ibid au para 33./ref] Elle est gérée par la société *Bisha Mine Share Company* (BMSC). Nevsun possède une participation de 60% dans les actions de la BMSC alors que les actions restantes appartiennent au gouvernement érythréen.

12. Les demandeurs, trois réfugiés érythréens, ont travaillé à la mine entre 2008 et 2010. Ils ont tous été transférés à Bisha à titre d'astreints du *Programme de service national*. En tant que travailleurs, ils disent avoir subi de longues heures de travail forcé dans des conditions extrêmement pénibles. Selon la plainte déposée en novembre 2014, les demandeurs prétendent que Nevsun savait ou aurait dû savoir que des violations des droits de la personne surviendraient lorsqu'elle effectuait des transactions avec ses sous-traitants, Segen et Mereb, ainsi qu'avec le gouvernement érythréen. De plus, ils réclament des réparations en justice pour les délits qui ont été commis sur la base du droit coutumier international, et notamment, sur la base des violations des prohibitions coutumières concernant le travail forcé, la torture, l'esclavage, les traitements cruels, inhumains ou dégradants et les crimes contre l'humanité.[ref] *Ibid.*

13. « Docket 37919 : Nevsun Resources LTD v Gize Yebeyo Araya, et al. », *Cour suprême du Canada*, en ligne : < www.scc-csc.ca/case-dossier/info/dock-regi-fra.aspx?cas=37919>.

14. *Larocque*, *supra* note 39 à 139.

15. Edward Hyland, "International Human Rights Law and the Tort of Torture : What Possibility for Canada?" dans Craig Scott, *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2001 à 420.

16. *Larocque*, *supra* note 39 à 125-129.
17. William Blackstone, Commentaries on the Laws of England, 4e Chicago, University of Chicago Press, 1979) vol 4 at 66 1770.
18. Ibid à 67.
19. *Baker c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817 au para 69, 174 DLR (4e) 193; *Suresh c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1 au para 60.
20. *R c Hape* 2007 SCC 26.
21. Ibid au para 39.
22. John H Currie, Craig Forcese et Joanna Harrington, *International Law: Doctrine, Practice and Theory*, Toronto, Irwin Law, 2000, à 116.
23. Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331, art 53 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).
24. *Le Procureur c Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, Jugement (10 décembre 1998) au para 153 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie) en ligne : <www.icty.org >.
25. American Law Institute, *Restatement of the Law, Third Foreign Relations Law of the United States*, St Paul, MN, American Law Institute Publishers, 1987 au para 102.
26. *Furundzija, supra* note 62 au para 155.
27. *Cooper c Hobart*, 2001 CSC 79 au para 30.
28. *Filártiga*, *supra* note 4 à 5.
29. R c Imperial Tobacco Ltd 2011 CSC 42 au para 21.
30. Edward Hyland, "International Human Rights Law and the Tort of Torture : What Possibility for Canada?" dans Craig Scott, *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2001 à 437.
31. *Binnie, supra* note 75 à 21.